CAPÍTULO VII

Ámbito temporal de la ley penal

1. Promulgación y derogación de la ley penal
2. Principio de legalidad y prohibición de retroactividad de la ley penal. La sucesión de leyes penales
3. La retroactividad de la ley penal más favorable
   A) La retroactividad como excepción
   B) La retroactividad en medidas de seguridad, leyes procesales y disposiciones sobre responsabilidad civil
   C) Determinación de la ley más favorable
   D) Eficacia de las leyes intermedias y de las leyes temporales
4. El momento de realización del delito

1. PROMULGACIÓN Y DEROGACIÓN DE LA LEY PENAL

Las leyes penales tienen una eficacia temporal vinculada, obviamente, a su período de vigencia. Las exigencias propias del principio de legalidad que se han recogido al tratarlo con carácter general, determinan algunas especialidades en cuanto a su aplicabilidad a hechos cometidos bajo la vigencia de una u otra ley. Antes de precisarlo, conviene recordar las nociones generales sobre la entrada en vigor y la derogación de las leyes, que son de aplicación al Derecho penal.

Con arreglo al art. 91 CE, el Rey sanciona las leyes aprobadas por las Cortes Generales, *promulgándolas* y ordenando su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Sin embargo, la eficacia de la ley no se produce hasta una *entrada en vigor* que, con arreglo al art. 2,1 Cc tiene lugar a los veinte días de su publicación, a no ser que en la propia ley se disponga otra cosa.

Durante dicho período entre la publicación y la entrada en vigor —la *vacatio legis*—, la ley carece de eficacia y no puede ser aplicada, lo que significa que todavía se encuentra vigente la ley anterior. Ésta será, en principio, la aplicable a los delitos cometidos durante la vacatio legis.

En materia de leyes penales, dada la trascendencia de sus efectos, suele recomendarse la previsión de una vacatio legis superior a los veinte días habituales, para permitir su completo conocimiento no sólo

por los tribunales que deben aplicarla, sino también por los ciudadanos que recibirán sus consecuencias. Así, el Código penal establece un período de seis meses entre su publicación y su entrada en vigor (véase Disposición final séptima).

En cuanto a la *derogación* de la ley penal, rige igualmente lo dispuesto con carácter general en el art. 2,2 Cc: las leyes sólo se derogan por otras posteriores, sin que por la derogación de una ley recobren su vigor las que ésta hubiere derogado.

Debe recordarse, igualmente, que las Sentencias del Tribunal Constitucional declarando la inconstitucionalidad de una ley tienen el valor de cosa juzgada, vinculan a los poderes públicos y producen efectos generales desde su publicación en el BOE (art. 38 LOTC). Por ello, desde el momento en que el Tribunal Constitucional declara inconstitucional un precepto penal, éste debe dejar de ser aplicado y la sentencia produce los mismos efectos que una ley nueva sobre los hechos cometidos con anterioridad.

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y PROHIBICIÓN DE RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL. LA SUCESIÓN DE LEYES PENALES

Como ha quedado expuesto, el principio de legalidad presenta un contenido esencialmente garantizador, propio de sus orígenes vinculados al nacimiento del Estado liberal. Pero resulta igualmente propio de la filosofía liberal el fundamento político-criminal del principio de legalidad, por el que éste se relaciona con la finalidad más característica del Derecho penal, esto es, la prevención general.

Efectivamente, si las leyes penales pretenden que los ciudadanos se abstengan de delinquir y para ello anuncian la imposición de una pena a quienes cometan determinadas conductas, no podrá atribuírseles responsabilidad si en el momento de su actuación la ley no la definía como delito.

Pero la finalidad preventivo general nace de la propia función del Derecho penal como Ordenamiento protector de los bienes jurídicos esenciales para la colectividad. Y de este modo, la exigencia de que el Derecho penal exprese en cada momento histórico el orden de valores existentes en una sociedad determina que las normas evolucionen y sean sustituidas al compás de los cambios valorativos operados en el seno

social. Tal sustitución de las normas vigentes por otras más adecuadas al contexto histórico se conoce como *sucesión de leyes penales*.

Éste no es un concepto puramente cronológico ni referido a la mera sustitución en el tiempo de una ley por otra, sino que se utiliza con un contenido material centrado precisamente en la existencia de una evolución de las concepciones dominantes sobre la necesidad de proteger unos u otros bienes jurídicos. Así, por Ley 22/1978, de 26 de mayo, se derogaron los arts. 449 a 452 del Código penal, acogedores de los delitos de adulterio y amancebamiento, cuando la necesidad de abandonar la protección penal de la fidelidad conyugal constituía ya un clamor en la sociedad española.

Es este contenido material de la sucesión de leyes penales el que permite explicar el *principio de irretroactividad* de las leyes penales, por el cual éstas no pueden ser aplicadas a hechos anteriores a su promulgación. Así, la creación de una nueva figura delictiva por la ley penal expresa un desvalor sobre los hechos que se definen, pero no puede recaer sobre conductas cometidas con anterioridad a que tal desvalor se expresara legalmente. Y permite también explicar la excepción al principio, esto es, la retroactividad de la ley más favorable, así como solucionar algunos casos dudosos que se plantean en la aplicación concreta de dichos principios y que se verán más adelante (véase *infra* 3).

Obsérvese que las anteriores consideraciones apuntan a lo que puede considerarse el *fundamento político-criminal*, referido a la función del Derecho penal, de la prohibición de retroactividad. En esta línea, ha sido destacado también el hecho de que las leyes penales son reglas de conducta que miran al futuro —esto es, a la prevención de delitos— y por tanto, no pueden desplegar sus efectos hacia momentos anteriores a su entrada en vigor.

Conforme a ello, no resulta extraño que concepciones penales basadas en la idea de prevención especial y en la consideración de la pena como terapia benefactora para el individuo (el positivismo criminológico, el correccionalismo), cuestionaran la validez del principio que analizamos, pretendiendo que tales efectos beneficiosos de las penas alcanzaran a todo comportamiento antisocial con independencia de que al cometerse no fuera considerado delictivo por la ley vigente. Pero con independencia de la coherencia interna de tales planteamientos, lo que ha prevalecido en los Ordenamientos modernos es la supremacía de las garantías individuales frente al poder punitivo.

Por ello, junto a la fundamentación hasta aquí recogida, la prohibición de retroactividad de las leyes penales se asienta, *desde el punto de*

vista jurídico, en los principios de legalidad y seguridad jurídica, como límites a la intervención penal del Estado. Por último, no cabe duda de que la irretroactividad de la ley penal viene impuesta por el más elemental concepto de Justicia.

Desde el punto de vista constitucional, la concreta prohibición de retroactividad de las leyes penales se contiene básicamente en el ya citado art. 25,1 CE, aunque su enunciado debe ser considerado junto al de otros preceptos porque el alcance de tal prohibición no puede establecerse claramente sin tomar en consideración la excepción prevista para las leyes favorables que se analiza en el siguiente apartado.

Igualmente y como ya se recogió al estudiar el principio de legalidad en general, el Código penal acoge en su art. 2,1 la prohibición de retroactividad de las leyes penales al establecer que «no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración».

3. LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE

El art. 25,1 CE prohíbe la aplicación retroactiva de normas que *definen* conductas punibles, pero con ello no se hace referencia alguna a las normas penales de distinto contenido, como por ejemplo las que prevén circunstancias atenuantes, agravantes o aquéllas que modifican la ley vigente aumentando o disminuyendo la gravedad de las penas.

Por ello, el alcance real de la prohibición de retroactividad se establece a partir del contenido constitucional del principio de legalidad y su concreción en preceptos de rango inferior contenidos en el Código penal.

A) LA RETROACTIVIDAD COMO EXCEPCIÓN

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que en la formulación general del principio de legalidad contenida en el artículo 9,3 CE se garantiza «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras *no favorables* o restrictivas de derechos individuales». Por tanto, aunque el art. 25,1 CE se refiera únicamente a la imposibilidad de «condenar» por hechos no descritos en la legislación vigente y pudiera parecer que recoge exclusivamente la irretroactividad de las normas que definen delitos, tal formulación ha de entenderse referida a todas aquellas que resulten per-

judiciales, por fundamentar no sólo la existencia de la condena sino también su concreta gravedad.

En este sentido, resulta indudable que las leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas de delito, no pueden ser aplicadas de modo retroactivo.

La Disposición Transitoria Única de la LO 7/2003, de 30 de junio, permite aplicar nuevas normas restrictivas del régimen abierto y la libertad condicional a los ya condenados por hechos anteriores a la promulgación de dicha norma. En tanto en cuanto se trata de una disposición restrictiva de derechos y claramente perjudicial que, así, se aplica retroactivamente, es considerada inconstitucional por parte de la doctrina (VIDALES RODRÍGUEZ, 2004, IGLESIAS RÍO, 2005).

De esta forma, la prohibición de retroactividad de la ley perjudicial para el reo confirma el carácter de límite para el Estado y garantía para el ciudadano que posee el principio de legalidad. Pero precisamente porque ése es el sentido de la presente garantía, cabe afirmar que la aplicación retroactiva de las leyes penales que beneficien al reo, no lesiona su contenido.

Como se ha visto, la Constitución no menciona expresamente esta posibilidad de aplicación retroactiva: ni en el art. 25,1 ni en el art. 9,3, que sólo prohíbe la retroactividad de lo desfavorable. Sin embargo, el mismo hecho de que sólo se prohíba en este caso, permite afirmar que la Constitución autoriza la retroactividad en el caso contrario.

Por ello, aunque resulte quizá forzado afirmar que la retroactividad de la ley favorable sea un principio contenido en la Constitución y deducible *a sensu contrario* de su art. 9,3 (véase STC 8/1981, de 30 de marzo), lo cierto es que en el texto constitucional no hay nada que impida que en normas de rango inferior se establezca la retroactividad beneficiosa como principio de plena aplicabilidad.

Ello responde además, a una exigencia de coherencia en la aplicación del Ordenamiento jurídico, ya que si los hechos han dejado de ser desvalorados por el legislador o se les desvalora en menor medida, no tiene sentido que los ciudadanos sigan padeciendo las consecuencias de unas leyes que han dejado de considerarse adecuadas. Es por tanto, la sucesión de leyes penales en el sentido arriba expresado, la que también proporciona fundamento a la excepción que analizamos.

La retroactividad de la ley penal más favorable constituye así una excepción al principio general de irretroactividad de las leyes penales que, por otra parte, se encontraba ya reconocido con anterioridad a la promulgación de la Constitución, en el Código penal. Efectivamente,

tras la prohibición general de retroactividad contenida en el número 1 del art. 2 Cp, el número 2 del mismo precepto establece que:

> «No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena».

Por tanto, las normas penales que, por ejemplo, establezcan circunstancias eximentes, atenuantes o que disminuyan la gravedad de las penas y obviamente, todas aquellas que despenalicen conductas, pueden ser aplicadas a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor.

Obsérvese al respecto la amplitud de efectos retroactivos permitidos por el art. 2,2 Cp: por supuesto, si la ley más favorable es promulgada con posterioridad a los hechos pero antes del juicio, deberá ser aplicada en la sentencia que se dicte; pero además, la ley posterior más favorable deberá desplegar efectos retroactivos incluso si ya se ha producido una sentencia firme y se está cumpliendo la condena, con lo cual en tales casos deberá dictarse una nueva resolución conteniendo los efectos derivados de la nueva ley (la extinción de la condena o la disminución de la pena). Las *Disposiciones transitorias* del Código penal establecen una serie de reglas para la revisión de condenas y determinación de la ley penal más favorable.

Esta obligatoriedad de revisar la resolución se encuentra expresamente prevista para los supuestos en que una ley penal es derogada por declararla inconstitucional el Tribunal Constitucional. Así se deduce claramente del art. 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al establecer que las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de una ley no permitirán revisar procesos en los que haya recaído sentencia con fuerza de cosa juzgada «*salvo en el caso de procesos penales… en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena… o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad*».

Asimismo y pese a que no es compartido por la totalidad de la doctrina, los efectos retroactivos de la ley posterior más favorable deben producirse también *cuando el reo ya hubiere cumplido la condena*, cancelándose los correspondientes antecedentes penales. Negar tal amplitud de efectos supone interpretar de manera excesivamente formalista el enunciado del art. 2,2 Cp y restringir el espíritu del principio de retroactividad de las disposiciones beneficiosas.

> Existe un supuesto especial en el que se han planteado ciertas dudas acerca de la obligatoriedad de aplicar de manera retroactiva una ley que produce efectos beneficiosos. Se trata de aquellas modificaciones legislativas por las que se

modifican determinadas cuantías establecidas en la ley penal. Por ejemplo, el Código penal ha elevado a 400 euros (66.554 pesetas) la cuantía a partir de la cual un hurto debe ser considerado delito, con lo que pasan a ser constitutivos de falta los hurtos inferiores a tal cantidad.

Evidentemente, tal modificación resulta beneficiosa para quienes hubieren cometido un hurto inferior a 400 euros (o su equivalente en pesetas) con anterioridad a la reforma, pero de ello no se desprende que la nueva ley debiera aplicárseles retroactivamente, por ejemplo, modificando los antecedentes penales de los ya condenados. En este caso, la modificación legal no es un verdadero supuesto de sucesión de leyes penales que demuestre un cambio valorativo sobre los hechos en cuestión, sino una mera adecuación al cambio de precio de las cosas objeto del delito, en función de las circunstancias económicas. Sin embargo, el Tribunal Supremo (Acuerdo de la Sala 2ª, de 25 de octubre de 2005) ha establecido el criterio contrario al aplicar retroactivamente la modificación de la cuantía del delito fiscal, que despenaliza los fraudes inferiores a 120.000 euros (20.000.000 de pesetas).

B) LA RETROACTIVIDAD EN MEDIDAS DE SEGURIDAD, LEYES PROCESALES Y DISPOSICIONES SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL

El art. 2,1 Cp ha venido a zanjar algunas dudas sobre la irretroactividad de las disposiciones establecedoras de medidas de seguridad que, de todas formas, podía mantenerse también en base a su carácter restrictivo de derechos individuales y la prohibición general de retroactividad contenida para tales supuestos en el art. 9,3 CE.

La cuestión es algo más confusa en relación a las leyes procesales. Nuevamente, en el caso de leyes procesales desfavorables o restrictivas de derechos individuales, la prohibición de retroactividad sólo podría asentarse en la declaración general del art. 9,3 CE, que no establece distinciones acerca de la naturaleza penal o procesal de las normas.

Sin embargo, el problema de la hipotética retroactividad de las leyes procesales necesita de algunas matizaciones. En principio, la ley procesal se aplica al desenvolvimiento de los actos procesales en el momento en que éstos están teniendo lugar; por tanto, no siempre es trasladable aquí el concepto de retroactividad de la ley, tal y como lo hemos venido usando para las leyes penales: efectivamente, cuando éstas se aplican, recaen siempre sobre un hecho ocurrido con anterioridad y pueden plantear el problema de que la ley vigente en el momento de la comisión fuera distinta. En cambio, si una ley —procesal— modifica, por ejemplo, los plazos para dictar sentencia o para interponer un recurso, se aplica a esos actos procesales concretos y no cabe hablar propiamen-

te de aplicación *retroactiva*, si la ley procesal vigente en el momento en que se cometió el delito establecía requisitos distintos.

Lo anterior se corresponde con la regla *tempus regit actum*, con arreglo a la cual, la ley procesal aplicable será la vigente en el momento de cada uno de los actos procesales y, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, «no cabe pensar que de ello pueda derivarse una aplicación retroactiva de la ley» (Auto 933/1985, de 18 de diciembre).

Ahora bien, el propio Tribunal Constitucional ha abordado algunos supuestos problemáticos, proporcionándoles una solución que matiza el rigor de la regla *tempus regit actum*. Efectivamente, existen decisiones judiciales de carácter procesal —sometidas, por tanto, a leyes de esta naturaleza— que, por un lado, afectan claramente a la libertad individual y, por otro, tienen efectos que permanecen durante un cierto tiempo, más allá del momento en que ha tenido lugar el acto procesal en cuestión. Y mientras duran esos efectos, puede variar la ley procesal aplicable a los mismos, estableciendo mayores restricciones para el afectado.

> Por ejemplo, la prisión provisional acordada durante el proceso es una medida aseguradora de carácter procesal, sin carácter penal pese a suponer privación de libertad. Bajo la vigencia de la LO 7/1983, la prisión provisional tenía fijado un límite temporal básico de 20 meses, que fue ampliado a dos y cuatro años, según los casos, por la LO 10/1984. El problema planteado es el de si las prisiones provisionales acordadas bajo la vigencia de la primera ley debían cesar al alcanzar el tiempo máximo fijado en ella (20 meses), pese a que en ese momento se encontrara vigente ya la segunda ley que permitía su prolongación.

En tales casos, si se aplicara la nueva ley más restrictiva, desplegaría sus efectos sobre un acto procesal iniciado bajo la vigencia de una ley anterior, por lo que podría hablarse con mayor propiedad de retroactividad perjudicial de la ley procesal. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado expresamente en el caso de la prisión provisional citado en el ejemplo, estableciendo que la elección de la ley aplicable debe hacerse de la manera más favorable al derecho fundamental a la libertad (*favor libertatis*) y por tanto, acudiendo a la ley anterior más beneficiosa (STC 32/1987, de 12 de marzo, y, considerando aplicable el art. 9,3 CE a las normas procesales, STC 117/1987, de 8 de julio).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional evita un pronunciamiento general y tajante sobre la prohibición de retroactividad de las leyes procesales y no puede decirse que niegue la validez de la regla *tempus regit actum*, tal y como ha quedado enunciada más arriba. La jurisprudencia

citada obliga, en realidad, a aplicar la ley vigente en el momento en que se inició el acto procesal en cuestión (la prisión provisional), con lo que se respeta la mencionada regla. Ahora bien, también es cierto que se prohíbe que la ley posterior más restrictiva se aplique a un acto anterior, con lo que, de hecho, se está prohibiendo la retroactividad de las leyes procesales perjudiciales *en los supuestos en los que, propiamente, puede hablarse de retroactividad*, es decir, en aquellos actos procesales cuya permanencia en el tiempo hace posible la existencia de dos leyes distintas y teóricamente aplicables.

Las normas que regulan los *plazos de prescripción* no se consideran procesales sino materiales, por lo que no pueden aplicarse retroactivamente si perjudican al reo (para más detalles, véase *infra* capítulo XXV.4).

En cuanto a las normas que regulan la *responsabilidad civil ex-delicto* puede plantearse también que las vigentes en el momento del enjuiciamiento resulten más favorables que las que regían al cometerse el delito.

> El problema se planteó al promulgarse el Código penal de 1995 respecto a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado (art. 121 Cp; casos de la colza, presa de Tous…), puesto que en él se excluía tal responsabilidad subsidiaria en el caso de que lo cometido fuera una falta y no un delito, al contrario que el Código penal anterior, que la admitía en ambos casos.

En primer lugar, la responsabilidad civil *ex-delicto* es una obligación civil sin contenido punitivo (véase *infra* capítulo XXXV) y aunque se regule en el Código penal, sus disposiciones no son leyes penales *stricto sensu*, si por tales entendemos las normas que asocian una pena a la comisión de un delito o falta. Asimismo, el responsable civil no es necesariamente el *reo*, entendiendo por tal el acreedor de responsabilidad penal.

Pues bien, tanto el art. 2,2 Cp como la Disposición transitoria primera se refieren exclusivamente al «reo», y la responsabilidad penal cuando permiten la retroactividad de la ley posterior más favorable. Desde este punto de vista, si la disposición posterior sobre responsabilidad civil *resulta* perjudicial, será irretroactiva en aplicación del art. 2,3 del Código civil («las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario»), que el Código penal no contradice. Pero también resultaran irretroactivas cuando resulten *beneficiosas* y en aplicación del mismo artículo del Código civil, porque el Código penal sólo permite la aplicación retroactiva de las leyes *penales* y en materia de responsabilidad penal, por lo que prevalece la norma general.

C) DETERMINACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE

Cuestión distinta es la *determinación de la ley que se considera más favorable*, porque ello no aparece siempre con claridad.

La elección de la ley más beneficiosa no presenta problemas cuando se despenaliza una conducta o se comparan penas de igual naturaleza (por ejemplo, privativas de libertad). Pero pueden surgir dudas cuando se trata de penas de contenido distinto; así, cabe preguntarse si resulta más perjudicial para el reo una pena de prisión de seis meses a dos años (que puede ser suspendida condicionalmente) o la inhabilitación absoluta para profesión u oficio público (de seis a veinte años). Al respecto debe establecerse en primer lugar que la decisión compete al tribunal sin que pueda dejarse a la elección del reo, aunque el art. 2,2 Cp permite que éste sea oído en caso de duda sobre la ley más favorable (véase también, Disposición transitoria segunda); pero igualmente debe decirse que la permisión de la retroactividad se establece para aquéllo que favorezca «al reo» y por tanto, deberá decidirse en atención a sus circunstancias concretas.

El segundo problema se plantea cuando la ley posterior contiene aspectos beneficiosos pero también perjudiciales, por ejemplo, disminuyendo la gravedad de la pena señalada para el delito pero estableciendo circunstancias agravantes que son aplicables al caso. Tal situación debe resolverse comparando las consecuencias concretas que una y otra ley supone para el caso en cuestión y aplicando de manera completa la ley que permita las menos gravosas.

Lo que no resulta posible, pese a que se ha propuesto doctrinalmente, es aplicar los aspectos más beneficiosos de una ley y de otra, pues con ello el tribunal estaría creando una norma nueva (*lex tertia*) y desempeñando con ello funciones legislativas que no le competen (STS de 29 de junio de 1985). Tal es el criterio de la Disposición transitoria segunda del Código penal.

D) EFICACIA DE LAS LEYES INTERMEDIAS Y DE LAS LEYES TEMPORALES

Se denomina ley intermedia a la que no estaba en vigor en el momento de comisión de los hechos ni lo está en el momento del juicio, sino que ha tenido vigencia entre uno y otro. Las dudas que plantea su posible aplicación provienen del hecho de que la valoración contenida

en dicha ley no era mantenida por el legislador cuando se cometió la conducta, pero tampoco lo es en el momento en que ésta se enjuicia.

Pese a ello, si la ley intermedia resulta más beneficiosa para el reo, se acepta su aplicación en atención a que éste pudo ser juzgado con arreglo a la misma si el juicio se hubiera celebrado bajo su vigencia y si ello no ha ocurrido, no deben aplicársele las consecuencias de la ley que le perjudica (STS 27.12.82).

Distinta es la cuestión planteada por las denominadas leyes temporales y de excepción. Son leyes temporales aquéllas que nacen con un período limitado de vigencia establecido taxativamente en la propia ley que fija la fecha en que dejará de estar en vigor. Las denominadas leyes excepcionales son *también leyes temporales*, en la medida en que tienen limitada su vigencia, pero tal límite no se establece de manera fija sino remitiéndolo al cese de las circunstancias en virtud de las que se promulga la ley: por ejemplo, sería excepcional una ley que aumentara las penas de los delitos contra la propiedad para evitar el pillaje durante una catástrofe y mientras ésta durara o bien, que estableciera penas para quienes violaran el toque de queda durante una situación bélica.

Tanto las leyes temporales como las excepcionales suelen tener una vigencia corta, tras la cual vuelve a entrar en vigor la legislación anterior a la situación que las ha provocado, es decir, el Código penal que se encontrara anteriormente vigente y que suele ser más beneficioso que la ley excepcional porque sus normas están previstas para circunstancias normales.

El problema surge cuando los hechos cometidos bajo la vigencia de la ley temporal o excepcional más rigurosa son juzgados cuando ya vuelve a regir el Código penal que resulta más favorable, puesto que, conforme a lo estudiado hasta aquí, éste debe ser aplicado retroactivamente en detrimento de la ley temporal.

Si esto es así y teniendo en cuenta la generalmente corta vigencia de las leyes temporales y el muy probable retraso del procedimiento judicial, prácticamente siempre deberá aplicarse el Código penal más beneficioso y la ley temporal no llegará a aplicarse, resultando ineficaz de hecho.

Por ello se ha planteado la posibilidad de que las leyes temporales y de excepción sean *ultraactivas* y se apliquen a los hechos cometidos bajo su vigencia aunque en el momento del juicio ya se encuentren derogadas; es decir, se plantea una excepción al principio de retroactividad de la ley penal más favorable.

> Para apoyar tal propuesta se argumenta no sólo la ineficacia en que caerían las leyes temporales, sino también que en estos supuestos no nos encontramos ante un auténtico caso de sucesión de leyes penales, en el que el Ordenamiento haya variado su valoración sobre las conductas de manera que ello deba beneficiar al reo. Se mantiene, por el contrario, que lo que han cambiado son las circunstancias que motivaron el cambio legislativo, de manera que si tales circunstancias siguieran presentes, el Ordenamiento seguiría valorando los hechos del mismo modo.

Ésta es la opción mantenida —frente al silencio del Código penal anterior— por el art. 2,2, ultimo inciso del Código penal: pese a la retroactividad de la ley posterior más beneficiosa, «los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados… conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario». Con tal redactado se permite la *ultraactividad* de la ley penal temporal, concretándose la norma general contenida en el art. 4,2 Cc, en el que aparentemente se niega dicha ultraactividad.

4. EL MOMENTO DE REALIZACIÓN DEL DELITO

Hasta aquí hemos venido refiriéndonos al momento de comisión del delito como aquél que determina la ley que debe se aplicada en su enjuiciamiento.

Los delitos en que no existe lapso entre la acción y su resultado no ofrecen problemas acerca del momento en que deben considerarse cometidos. En cambio, la doctrina se ha referido tradicionalmente a los delitos cuya realización se prolonga en el tiempo como supuestos problemáticos para la aplicación de diversas instituciones penales (el propio ámbito temporal de la ley o el momento a partir del cual debe computarse el plazo de prescripción del delito). Piénsese en supuestos como la transfusión de sangre contaminada con el virus del SIDA que provoca la aparición de la enfermedad varios años después.

El art. 7 Cp resuelve este tipo de supuestos decantándose por la denominada *teoría de la acción* que, frente a la teoría del resultado, opta por el momento en que ha tenido lugar el comportamiento punible. Tal opción se mantiene sólo a los efectos de la determinación de la ley penal aplicable en el tiempo, lo que resulta lógico puesto que a nadie puede aplicársele una ley inexistente al llevar a cabo su comportamiento, puesto que no podía conocerla. Sin embargo, siendo ésta, en principio, la ley aplicable, si en el momento del enjuiciamiento está vigente otra

que resulta más beneficiosa para el reo, será de aplicación de acuerdo con el principio general de retroactividad de la ley posterior más favorable.

En cuanto al momento a partir del cual se computa el plazo de prescripción del delito (art. 131 Cp), el Código no proporciona ningún criterio puesto que el art. 132 se limita a establecer que el tiempo comenzará a correr desde el momento en que se hubiere «cometido la infracción punible», sin especificar si por tal debe entenderse el de la acción o el del resultado.

Lo cierto es que cada uno de los problemas a que afecta el momento de comisión debe solucionarse según las necesidades de la correspondiente institución (teoría de la valoración jurídica), por lo que no existen inconvenientes en aceptar que, a efectos de prescripción del delito, éste no puede considerarse realmente cometido hasta que no se ha consumado.

Problemas distintos presenta la determinación del lugar de comisión del delito para decidir qué órganos son competentes en su enjuiciamiento y qué ley debe ser aplicada. Ello será abordado en el capítulo correspondiente al ámbito espacial de la ley penal (véase *infra* capítulo VIII).

Bibliografía: Carbonell Mateu, Derecho penal: concepto y principios constitucionales, 3ª ed., Valencia 1999; Cuerda Riezu, Irretroactividad y retroactividad de la ley penal, EJB III, 1995; El mismo, La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional, en Varios, La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su cincuenta aniversario, Barcelona 1998; Frigols i Brines, Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho penal español: existencia y aplicabilidad temporal de normas penales, Barcelona 2004; Iglesias Río, Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del Código penal, Revista Jurídica de Castilla y León 2005; Lascuraín Sánchez, Sobre la retroactividad penal favorable, Madrid 2000; Madrid Conesa, El principio de irretroactividad de la ley penal y las variaciones jurisprudenciales desfavorables al reo, Valencia 1982; El mismo, El principio de legalidad del delito, Valencia 1983; Morillas Cueva, Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas, Granada 1980; Musco, La sucesión de las leyes penales en el tiempo, RP 2009; Pedreira González, Derecho penal material, Derecho procesal penal y prohibición de retroactividad, ADP 2008; Redondo Hermida, La retroactividad de la Jurisprudencia en Derecho penal español, La Ley Penal 2008; Rodríguez Mourullo, Legalidad (principio de), NEJ XIV, 1971; Ruiz Antón, El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia, PJ núm. especial VI, 1989; Sánchez Yllera, La aplicación retroactiva de la ley penal. La revisión de sentencias ya dictadas, en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte

General), EDJ 1996; SERRANO BUTRAGUEÑO, Retroactividad, ultra-actividad y extraactividad de las normas penales. La suspensión de la ejecución y la sustitución de penas de prisión de tres y dos años impuestas conforme al Código penal derogado, La Ley 1998; SILVA SÁNCHEZ, Legislación penal socioeconómica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las «Leyes en Blanco», EPC 1992/1993; EL MISMO, La dimensión temporal del delito y los cambios de «status» jurídico-penal del objeto de la acción, en Homenaje a Valle, Navarra 2001; SOTO NIETO, El nuevo Código penal. Cuestiones sobre retroactividad, La Ley 1996; VIDALES RODRÍGUEZ, La libertad condicional y la retroactividad de las disposiciones que la regulan. Razones para un debate sobre su posible inconstitucionalidad, RDP 2004.

CAPÍTULO VIII

El ámbito espacial de la ley penal

1. Consideraciones generales
2. El principio de territorialidad
   A) Concepto de territorio
   B) El lugar de comisión del delito
3. Excepciones al principio de territorialidad: la extraterritorialidad de la ley penal
   A) Principio personal
   B) Principio real o de protección
   C) Principio de la Justicia universal
4. La extradición
   A) Conceptos y consideraciones generales
   B) Fuentes
   C) La extradición activa
   D) La extradición pasiva
5. Derecho de asilo
6. Derecho internacional penal: especial consideración de la Corte Penal Internacional
7. Derecho de la Unión Europea: la cooperación judicial

1. CONSIDERACIONES GENERALES

La potestad punitiva (el ius puniendi) de los Estados forma parte inescindible del ejercicio de su soberanía y en tal medida, se encuentra sometida a límites determinados por el espacio sobre el que tal soberanía se ejerce. En principio, por tanto, la potestad punitiva estatal no puede ejercerse más allá de las fronteras del propio Estado.

Sin embargo, esta expresión tan general resulta inmediatamente matizable en función de las características de la delincuencia actual y las relaciones entre los Estados. En primer lugar, las actuales facilidades para trasladarse de un país a otro determinan una considerable movilidad de la delincuencia, de tal modo que no resulta especialmente difícil eludir la actuación de los tribunales del país en el que se ha cometido el delito y, por tanto, la sanción penal. A ello debe añadirse la existencia de organizaciones internacionales, favorecida por dicha movilidad, que extienden su actuación sobre el territorio de varios países y cuya persecución demanda la colaboración internacional de los Estados.

Todo ello conlleva la necesidad de la aceptación de determinadas reglas jurídicas destinadas a resolver los supuestos en los que confluye la potestad punitiva de más de un Estado o bien, a establecer la colaboración internacional en la persecución de hechos que afectan a la comunidad supranacional.

Tales normas jurídicas forman parte del Derecho interno de los Estados, bien por encontrarse recogidas en leyes emanadas del poder legislativo propio, bien por derivarse de lo establecido en los Tratados internacionales que, como en el caso español, se incorporan al Ordenamiento interno desde el momento en que son suscritos y publicados (art. 96,1 CE). Pese a tratarse, por tanto, de normas de Derecho interno, toda la materia se encuentra afectada por principios de carácter internacional nacidos precisamente de los acuerdos entre los Estados.

En definitiva, la problemática que vamos a abordar se centra en establecer cuál es el Estado competente para perseguir o sancionar un hecho delictivo —esto es, cuál es la ley aplicable y los órganos competentes— en función del lugar en que tal hecho delictivo se ha cometido.

La mencionada relación entre potestad punitiva, soberanía y territorio, determina que el punto de partida para establecer la competencia sea precisamente el territorial, lo que conlleva el respeto a la soberanía de los demás Estados cuando la ejercen sobre delitos cometidos dentro de sus fronteras. Sin embargo, veremos cómo en determinados supuestos los Estados ceden parte del ejercicio de su potestad punitiva para favorecer la colaboración internacional y la persecución de delitos, en virtud de principios que atienden no ya al lugar de comisión de los hechos, sino a la nacionalidad del delincuente o a la protección de intereses supranacionales.

Debe tenerse en cuenta que, pese a la existencia de numerosos principios de carácter jurídico, esta materia presenta frecuentes connotaciones políticas que se hacen patentes especialmente en materia de extradición, como institución mediante la que los Estados reclaman o conceden competencia a otros para la persecución de delitos. En último término, la decisión sobre la oportunidad de perseguir o no al autor de un delito que se encuentra fuera de las fronteras del Estado tiene un claro componente político que se refleja en la intervención del poder ejecutivo que muchos Estados prevén para este procedimiento.

2. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD

Como ha quedado apuntado, el principio general para determinar la competencia de los Estados en la persecución de delitos es el que atiende al lugar de comisión. En virtud del principio de territorialidad, el Estado es competente para sancionar, con arreglo a las leyes propias, los hechos cometidos en su territorio (locus regit actum), independientemente de la nacionalidad de quien los haya cometido. En suma, se dice, la ley penal es territorial, lo que supone que cualquier ciudadano extranjero que cometa un delito con arreglo a las leyes del país en el que se encuentra, puede ser perseguido y sancionado aunque los hechos no constituyan delito en su país de origen.

Además de su vinculación con el concepto de soberanía, la territorialidad de la ley penal viene abonada por otras razones: desde un punto de vista político-criminal, la vigencia de la ley penal no puede quedar supeditada a la nacionalidad de quien la infringe, porque ello redundaría irremediablemente en el efecto preventivo general que debe serle propio y, asimismo, son razones procesales las que aconsejan que los hechos se enjuicien en el lugar de su comisión, en beneficio del principio de inmediación y de la correcta disposición y valoración de las pruebas.

El principio de territorialidad se encuentra claramente recogido en el Ordenamiento español. El art. 8,1 Cc establece que,

> «Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español».

Con lo anterior, se establece la vigencia espacial del Ordenamiento penal español, con independencia de la nacionalidad del infractor, pero ello se complementa con la declaración de la competencia de los órganos judiciales españoles contenida en el art. 23,1 LOPJ:

> «En el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte».

La mención a los *buques* y *aeronaves* que aparece en el precepto trascrito nos conduce a la precisión de aquéllo que deba entenderse por territorio español, a los efectos de aplicación del principio de territorialidad.

A) CONCEPTO DE TERRITORIO

El espacio en el que se aplica la ley española se corresponde con el denominado *concepto jurídico de territorio,* equivalente al espacio en el que el Estado español ejerce su soberanía.

El concepto jurídico de territorio incluye, en primer lugar, el ámbito abarcado por el *territorio en sentido geográfico* (concepto geográfico de territorio), esto es, el espacio terrestre, marítimo y aéreo sometido a soberanía española. El espacio terrestre se corresponde con la tierra firme y aguas interiores comprendidas dentro de las fronteras, mientras que el marítimo abarca la zona de doce millas náuticas adyacente a las costas españolas (Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre Mar Territorial). El espacio aéreo es el que se eleva sobre el espacio terrestre y el mar territorial (Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea).

Los edificios de las legaciones extranjeras en España (embajadas y consulados) forman parte del territorio español a estos efectos y, por tanto, la ley española es aplicable a los delitos cometidos en ellos, pero tal competencia se ve limitada por la inviolabilidad de que gozan dichos espacios en virtud de la Convención de Viena de 18 de abril de 1961.

Asimismo, forman parte del territorio en sentido jurídico, los espacios acogidos por el denominado *derecho de bandera* o *de pabellón*, es decir, los buques y aeronaves españoles cualquiera que sea el lugar en que se encuentren, aunque al respecto el art. 23,1 LOPJ deja a salvo la posibilidad de que en los Tratados internacionales pueda establecerse otra cosa. La actual regulación no distingue, como venía haciéndose hasta su promulgación, entre buques y aeronaves militares y civiles, de modo que sea cual sea su clase, forman parte del territorio español a los efectos que estamos considerando.

> Un problema específico se plantea con las oficinas aduaneras españolas que no se encuentran propiamente dentro del territorio español, lo que ha sido denominado como *territorio aduanero*. Como hemos visto, el art. 23,1 LOPJ no menciona nada al respecto y ello plantea una cierta discusión en supuestos en los que alguien es detenido en una oficina aduanera española (fuera todavía del territorio geográfico español), portando, por ejemplo, géneros prohibidos para la importación, como los denomina la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de Contrabando, y pretendiendo introducirlos en territorio español (drogas, armas, etc.). ¿Puede considerarse en tales casos que el hecho se ha producido en territorio español?
>
> Al respecto debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que si la oficina aduanera se encuentra fuera de las fronteras, estrictamente no forma parte del territorio español e incluso puede decirse que si dicha oficina se destina a controlar la entrada *en* el territorio, no tiene por qué formar parte necesariamente del mismo.

Sin embargo, resulta indudable que en dichos espacios se ejerce parte de la soberanía del Estado puesto que pueden desempeñarse funciones de control, vigilancia y detención de individuos. Frente a ello caben dos opciones interpretativas: a) el llamado territorio aduanero situado fuera de las fronteras es incluible sin más en el concepto de «territorio español» a que alude el art. 23,1 LOPJ; y b) aunque los hechos cometidos en territorio aduanero fuera de las fronteras no lo han sido propiamente en territorio español, existe competencia del Estado español para perseguirlos y para aplicarles las leyes españolas.

Obsérvese que, por lo que aquí nos interesa (la competencia del Estado español y la vigencia espacial de la ley española), ambas interpretaciones coinciden en cuanto a los resultados: los hechos se enjuiciarán con arreglo a la ley española. Sin embargo, la relevancia de la distinción se manifiesta en una cuestión distinta que no nos corresponde desarrollar aquí: el grado de consumación del delito cometido; efectivamente, si el territorio aduanero fuera de las fronteras no es territorio español, los actos encaminados a introducir géneros en el mismo serán constitutivos de tentativa de delito de contrabando si son descubiertos en la oficina aduanera, mientras que con arreglo a la opción contraria, podrán ser sancionados como delito consumado por haberse producido ya la entrada en territorio español. La jurisprudencia del Tribunal Supremo presenta algunas contradicciones al respecto pues pueden encontrarse menciones al territorio en sentido geográfico (SSTS 9.3.88, 1.12.88) y, asimismo, reconocimiento del territorio aduanero como integrante del territorio nacional (STS 13.5.87).

B) EL LUGAR DE COMISIÓN DEL DELITO

Como acabamos de ver, el principio de territorialidad del art. 23,1 LOPJ establece la competencia de los tribunales españoles sobre los hechos «cometidos» en territorio español. En los casos normales, cuando tanto la acción como el resultado del delito se producen dentro del territorio, no existen dudas sobre la aplicación del mencionado principio.

El problema aparece en los denominados *delitos a distancia*, en los que la acción y su resultado se producen en lugares distintos. Suele plantearse al respecto, el ejemplo del paquete bomba enviado desde España y que provoca una muerte en Francia (o a la inversa). ¿Cabe afirmar aquí que el delito «se ha cometido» en España?

La ley española vigente mantiene un absoluto silencio acerca de cuál es el lugar de comisión del delito, por lo que, en principio, debe acudirse a las opciones interpretativas que tradicionalmente se han mantenido en la doctrina y que son las siguientes: para la *teoría de la actividad*, el delito se ha cometido allí donde el autor ha realizado su acción, mientras que para la *teoría del resultado*, el lugar donde éste se produce es aquél en el que debe considerarse cometido el delito.

Tanto una como otra teoría conducen a lagunas de punibilidad y producen intolerables situaciones de impunidad. Así, por ejemplo, si un

español envía un paquete bomba desde España y produce una muerte en Alemania, permaneciendo el autor en territorio español, la teoría del resultado permitiría su impunidad: el delito no se habría cometido en España (luego, no habría competencia de los tribunales españoles) y no podría concederse la extradición del autor para que fuera juzgado en Alemania porque, como se verá, en tal materia rige el principio de no entrega de los nacionales. Similares problemas pueden plantearse con la teoría de la actividad si el autor es alemán y se refugia en Alemania.

Por ello, la doctrina se apoya mayoritariamente en la *teoría de la ubicuidad*, con arreglo a la cual puede considerarse cometido el hecho tanto en el lugar donde se ha llevado a cabo la acción como en aquél en el que se ha producido el resultado.

La teoría de la ubicuidad es perfectamente asumible en base a nuestro Ordenamiento vigente: al no manifestarse expresamente el art. 23,1 de la actual LOPJ sobre el lugar de comisión, permite cualquier interpretación, lo que resultaba más difícil bajo la vigencia de la LOPJ de 1870, cuyo art. 335 introducía una fórmula un tanto confusa que era interpretada mayoritariamente como acogedora de la teoría del resultado.

El hecho de que la vigente LOPJ (de 1985) prescinda de cualquier precisión, no sólo permite sino que también favorece una interpretación amplia del concepto de comisión del delito: ésta supone *tanto* la realización de una actividad *como* la producción de un resultado (lo que en la teoría del delito se conoce como desvalor de acción y desvalor de resultado). Dicho en otros términos, si «matar» significa realizar una conducta dirigida a producir un resultado de muerte que termina produciéndolo, el hecho de matar no se «comete» exclusivamente ni en el momento de la acción ni en el momento de la producción de la muerte, sino en ambos; ello coincide, evidentemente, con la tesis de la ubicuidad.

De mantenerse esta conclusión para el Derecho español, significa ni más ni menos que los tribunales españoles pueden estimarse competentes para perseguir tanto las conductas que, iniciadas en España, produzcan su resultado en el extranjero, como aquéllas que se encuentren en el caso contrario. Obviamente, para ejercer dicha competencia, los órganos españoles deberán tener a su disposición al autor de los hechos y en caso de no ser así, el reconocimiento de la misma les facultará para solicitar la extradición al país en que se encuentre.

3. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD: LA EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL

Si el principio de territorialidad se mantuviera a ultranza, muchos hechos delictivos permanecerían en la impunidad, teniendo en cuenta no sólo las facilidades para la movilidad internacional de las personas a que hemos hecho referencia, sino también por la aplicación de una serie de principios internacionales que limitan la concesión de la extradición.

Los problemas que conllevaría el principio de territorialidad si no se aceptaran excepciones al mismo pueden expresarse con el siguiente ejemplo: un ciudadano español comete un homicidio en México y se refugia en España. El principio de territorialidad impediría juzgarlo en España (el hecho no se ha cometido en territorio español) y si México solicitara la extradición para juzgarlo, el Estado español debería denegarla en aplicación del principio de no entrega de los nacionales (*infra* 4.d).

Para evitar problemas como éste, en determinados casos se faculta a los tribunales españoles para enjuiciar hechos cometidos fuera de las fronteras españolas, pero debe tenerse en cuenta que tal competencia sólo podrá ser ejercida efectivamente si el autor de los hechos se encuentra a disposición de los tribunales españoles y si ello no es así, será determinante que se cumplan los requisitos exigidos para la solicitud y la concesión de la extradición. En todo caso, la extraterritorialidad es supletoria respecto de la territorialidad, es decir, sólo opera cuando el país donde se cometen los hechos no quiere o no puede juzgarlos.

Los supuestos en los que el Ordenamiento español reconoce la extraterritorialidad de la ley penal española, esto es, la competencia para que los tribunales españoles la apliquen a hechos cometidos en el extranjero, son los siguientes:

A) PRINCIPIO PERSONAL

En virtud del mismo, la ley española puede ser aplicada a hechos cometidos por españoles en el extranjero. Se trata, por tanto, de que en ciertos supuestos la ley española «siga» a los españoles fuera de las fronteras predominando con ello la nacionalidad del autor sobre el lugar de comisión del delito.

Al basarse en la nacionalidad del autor, se conoce como principio de personalidad activa. Nuestro Derecho no recoge el principio de personalidad pasiva, que otorga competencia a los Tribunales del país de la víctima.

El principio personal está sometido a determinados requisitos que, junto a su reconocimiento, se contienen en el art. 23,2 LOPJ. Tal precepto establece la competencia de la jurisdicción española para conocer de *los hechos previstos en las leyes españolas como delitos*, aunque hayan sido cometidos en el extranjero, siempre que los responsables fueren españoles o extranjeros nacionalizados con posterioridad a la comisión del hecho. Para ello, el mismo artículo establece los siguientes requisitos:

a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito.

b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal denuncien o interpongan querella ante los Tribunales españoles.

c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda.

Acerca del contenido de tal principio en la LOPJ debe observarse lo siguiente: en primer lugar, la competencia extraterritorial de la jurisdicción española se reconoce sólo para hechos «previstos en las leyes españolas como delitos», es decir, se renuncia a perseguir hechos cometidos por españoles en el extranjero que sean constitutivos de falta según la ley española.

En segundo lugar, los requisitos específicos que se acaban de recoger (a, b y c) restringen la vigencia extraterritorial de la ley penal en virtud, precisamente, del carácter supletorio del principio personal y asimismo, como reconocimiento a la territorialidad de la ley penal de los restantes Estados.

El requisito más importante es (salvo en el caso excepcional expresamente previsto en el propio art. 23,2,a LOPJ) el que exige que los hechos sean punibles en el lugar de su ejecución, lo que se conoce como *exigencia de doble incriminación:* piénsese en la española que aborta en el Reino Unido (fuera de los supuestos permitidos por la ley española) y regresa a España. En tal caso, el principio personal no puede llegar hasta el extremo de castigar en España hechos que no son delictivos en el lugar en que se cometieron; si lo hiciera, ignoraría la territorialidad de la ley inglesa, sobreponiéndose a ella, cuando de lo que se trata es

de que el principio personal complemente al territorial, pero no a la inversa.

Debe observarse que la virtualidad principal del principio personal se produce en supuestos como el planteado al inicio del presente apartado: el español que delinque en el extranjero y se refugia en España sólo podrá ser enjuiciado precisamente en aplicación de este principio, que opera en tales casos para evitar la impunidad que se derivaría del principio de no entrega de los nacionales a otros países que soliciten su extradición.

B) PRINCIPIO REAL O DE PROTECCIÓN

Con arreglo al mismo, se reconoce competencia de los tribunales y aplicabilidad de la ley penal española a los delitos cometidos por *españoles o extranjeros*, *fuera del territorio español,* cuando atentan contra determinados bienes jurídicos que, genéricamente, pueden reconducirse a la protección del Estado.

Por el presente principio el Estado español se reserva la competencia para perseguir hechos cometidos fuera de sus fronteras, con independencia de la nacionalidad del autor, cuando lesionan intereses del propio Estado. Tal reserva de competencia se produce, por tanto, ante la posibilidad de que el Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito, renuncie a su persecución por tratarse de atentados contra intereses de otro Estado.

El principio real o de protección se recoge en el art. 23,3 LOPJ, con arreglo al cual conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

«a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.

b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.

c) Rebelión y sedición.

d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.

e) Falsificación de moneda española y su expedición.

f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.

g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.

h) Los perpetrados en ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.

i) Los relativos al control de cambios».

La relación del principio real con intereses genuinamente estatales puede dificultar su aplicación cuando los hechos cometidos en el extranjero sean considerados allí como delitos políticos (por ejemplo, incitación a la rebelión). En estos casos, si el delincuente reclamado por España se encuentra en el país de comisión, éste puede denegar la extradición aplicando uno de los principios que rigen en esta materia (*infra* 4).

C) PRINCIPIO DE LA JUSTICIA UNIVERSAL

En virtud del mismo, el Estado se reserva la competencia para perseguir hechos cometidos *por españoles o extranjeros, fuera del territorio nacional*, cuando lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por toda la comunidad internacional y en cuya protección ésta se encuentra interesada. El reconocimiento de este principio por los Estados supone no sólo una asunción de competencias, sino también el compromiso en la persecución de hechos lesivos para intereses de carácter supranacional y frecuentemente lesionados por formas de delincuencia internacional. Por tanto, se trata de un instrumento que posibilita la persecución por cualquier Estado que lo asuma, de hechos que se han cometido fuera de sus fronteras, pero en cuya represión se encuentra interesado como miembro de la comunidad internacional.

El principio de la Justicia universal se encuentra reconocido en el art. 23,4 LOPJ, con arreglo al cual la jurisdicción española es competente para conocer de los hechos cometidos fuera del territorio español que puedan ser calificados con arreglo a la ley española, como alguno de los siguientes delitos:

> «a) Genocidio y lesa humanidad.
>
> b) Terrorismo.
>
> c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
>
> d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
>
> e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes.
>
> f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
>
> g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
>
> h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España».
>
> La remisión de la letra h) del art. 23,4 LOPJ a los convenios internacionales permite incluir delitos como la tortura o los crímenes de guerra, acogidos en tratados ratificados por España.

En el principio de Justicia universal no se exige que los hechos sean también delictivos en el lugar de comisión (doble incriminación) como ocurría con el principio personal en el que, al no protegerse bienes jurídicos internacionales, no se permite la intromisión en la soberanía ajena. En cambio, si en la Justicia universal no se exige la doble incriminación es precisamente porque opera respecto de bienes que interesan a la comunidad internacional y por esa razón, admite la intervención extraterritorial de otros Estados incluso aunque los hechos no sean delictivos donde se cometieron.

Por las razones expuestas, el principio de Justicia universal —según unánime doctrina— no se dirige a proteger intereses españoles, sino los propios de la comunidad internacional. Sin embargo, tras un período de amplia aplicación de tal principio por los tribunales españoles, fue restringido considerablemente por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, que modificó el art. 23,4 LOPJ. En su redacción vigente, para que los tribunales españoles puedan ejercer la Justicia universal debe darse una de las siguientes situaciones: a) que los presuntos responsables estén en España; b) que existan víctimas de nacionalidad española; o c) que exista algún vínculo de conexión relevante con España. Y, en todo caso, es necesario que no se haya iniciado un procedimiento que suponga una investigación y persecución efectiva de los hechos en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional. Los supuestos de existencia de víctimas españolas o vínculo de conexión con España suponen una desnaturalización del principio, puesto que vinculan su aplicación a intereses españoles.

La anterior versión del art. 23,4 LOPJ permitió a la jurisdicción española perseguir como genocidio los delitos cometidos por algunas dictaduras (Chile, Argentina. Véase la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 16/2005, de 19 de abril, sobre el caso Scilingo) y posteriormente, abrir procesos contra autoridades chinas (caso Falung Gong) y guatemaltecas (genocidio de pueblo maya) o diligencias contra autoridades israelíes (bombardeo de Gaza) o estadounidenses (crímenes de guerra en Irak y torturas en Guantánamo). El Tribunal Supremo (STS 327/2003, de 25 de febrero) intentó restringir el principio en el caso de Guatemala exigiendo una vinculación con intereses españoles, lo que fue anulado por la STC 237/2005, de 26 de septiembre, porque tal restricción no podía apoyarse en la LOPJ. Sin embargo, las presiones internacionales, especialmente de Israel y Estados Unidos (Blanco Cordero, 2009), determinaron que se aprovechara la LO 1/2009 (dedicada a la oficina judicial) para introducir la modificación del artículo 23,4 LOPJ en el sentido indicado. Previamente, la LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional (CPI), ya había renunciado a que España ejerciera la jurisdicción universal en aquellos casos en que pudiera ejercerla la Corte Penal In-

ternacional, por lo que no cabía temer que los Tribunales españoles interfirieran en sus competencias.

La persecución de delitos cometidos al amparo de regímenes políticos que los han amnistiado ha planteado la validez, a estos efectos, de dichas amnistías. Al respecto, el art. 23,5 LOPJ (en relación al 23,2,c) prohíbe la extraterritorialidad y, por tanto, la competencia española, si el delincuente ya ha sido absuelto, indultado o penado, es decir, en aquellos casos en que el país de comisión de los hechos ya los ha juzgado. Y precisamente porque ésta es la única excepción, el principio de Justicia universal sigue operando y haciendo posible la competencia española cuando, mediante amnistías o «leyes de punto final», el país donde se cometieron los hechos renuncia a juzgarlos, porque con ello se plantea el genuino supuesto en que la jurisdicción de otros miembros de la comunidad internacional se hace necesaria.

Existen algunas lagunas de punibilidad provocadas por la incapacidad de los principios hasta aquí recogidos para solucionar todos los supuestos. Imaginemos el supuesto del ciudadano alemán que lesiona a un español en Alemania y se refugia en España. Los tribunales españoles no son competentes para juzgarlo porque: a) el hecho no se ha cometido en España y no se cumple el principio de territorialidad, y b) no se trata de un caso de extraterritorialidad porque no se ha cometido ninguno de los delitos relativos a los principios real y de la Justicia universal. Si Alemania no solicita la extradición del autor para juzgarlo, los hechos quedarán en la más absoluta impunidad.

Para solucionar casos como éste, la mayoría de la doctrina española reclama la incorporación a nuestro Derecho del hoy inexistente *principio de la Justicia supletoria*, reconocido en cambio por el Ordenamiento alemán. Con arreglo al mismo, el Estado alemán se reserva la competencia para enjuiciar hechos cometidos en el extranjero, cuando el delincuente se encuentre en Alemania, si el país competente para perseguirlos no solicita la extradición.

4. LA EXTRADICIÓN

A) CONCEPTOS Y CONSIDERACIONES GENERALES

La extradición es un procedimiento de cooperación internacional destinado a impedir que los responsables de delitos, todavía no juzgados o bien ya condenados, eludan la acción de los tribunales competentes para enjuiciarles o ejecutar la pena, mediante su refugio en otro país.

En todo proceso de extradición intervienen dos Estados: el Estado requirente, que se considera competente para enjuiciar los hechos o ejecutar la pena y por ello solicita la entrega del delincuente, y el Estado requerido, en cuyo territorio se encuentra la persona solicitada.

Asimismo, la presencia de dos Estados obliga a definir la extradición desde sendos puntos de vista: *la extradición pasiva* es la entrega que el Estado requerido hace al requirente, de un acusado o condenado que buscó refugio en el territorio del primero de ellos, a fin de que el segundo pueda juzgarlo o ejecutar la condena; consecuentemente, la *extradición activa* es la solicitud formulada por el Estado requirente al requerido para que le entregue al responsable del delito sobre el que se declara competente, con el fin de juzgarlo o ejecutar la condena.

Por último y en atención a los órganos intervinientes en el procedimiento, la extradición puede ser *gubernativa, judicial o mixta*, según la decisión competa al Gobierno, a los tribunales o a ambos. En este último supuesto se incluye, como veremos, la regulación española.

La extradición es una institución de marcado carácter político, con un considerable margen para la decisión por parte de los Estados sobre la oportunidad de perseguir o conceder la persecución de los hechos que constituyen su objeto. Ello se refleja, en primer lugar, en la naturaleza de las fuentes que regulan la institución, claramente dominadas por la existencia de acuerdos interestatales que se plasman en los Tratados y asimismo, en los acuerdos de reciprocidad.

Pero el componente político de la extradición se muestra especialmente en aquellos sistemas que, como el español, adoptan formas procedimentales mixtas con decisiva intervención del Poder ejecutivo. Una clara muestra de lo anterior aparece en el art. 6 de la Ley de Extradición Pasiva española, con arreglo al cual la decisión de los tribunales declarando procedente la extradición no vincula al Gobierno, «que podrá denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o a razones *de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España*».

Por último, debe tenerse en cuenta que entre los Estados miembros de la Unión Europea, la situación es muy distinta puesto que los tradicionales instrumentos de extradición se encuentran en vías de extinción para ser sustituidos por la cooperación judicial (con relación a ello, vid. *infra* apartado 7 de este capítulo).

B) FUENTES

La enumeración de las fuentes por las que, en nuestro Ordenamiento, se rige la extradición se encuentra contenida en el art. 13,3 CE:

> «La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo».

Entre los *Tratados* suscritos por España en relación a esta materia, merecen ser destacados el Convenio Europeo de Extradición (de 13 de diciembre de 1957, ratificado por España por Instrumento de 21 de abril de 1982, BOE 8 de junio de 1982), el Convenio Europeo para la represión del terrorismo (de 27 de enero de 1977, ratificado por España por Instrumento de 9 de mayo de 1980, BOE 8 de octubre de 1980) y el Convenio Europeo de Asistencia judicial en materia penal (de 20 de abril de 1959, ratificado por España por Instrumento de 14 de julio de 1982, BOE 17 de septiembre de 1982) y el Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la extradición entre los Estados miembros de la UE.

Las *leyes* a que hace referencia el art. 13,3 CE son la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva y los arts. 824 a 833 LECrim, aplicables al procedimiento de extradición activa.

El *principio de reciprocidad*, al que alude el art. 13,3 CE en tercer lugar, requiere algunas precisiones. Con arreglo a tal principio, el Estado requerido obtiene del requirente la seguridad de que éste le entregará a un fugitivo perseguido por los mismos hechos y con las mismas cualidades personales que el perseguido cuya extradición se demanda.

Sin embargo, no se trata propiamente de una tercera fuente de la extradición situada detrás de los Tratados y la ley, sino de un principio que concreta cómo debe aplicarse la ley.

Esta concepción de las fuentes aplicables ha sido confirmada, con posterioridad a la Constitución, por el art. 1 de la vigente Ley de Extradición Pasiva de 1985:

> «Las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición pasiva se regirán por la presente Ley, excepto en lo expresamente previsto en los Tratados en los que España sea parte.
>
> En todo caso, la extradición sólo se concederá atendiendo al principio de reciprocidad. El Gobierno podrá exigir una garantía de reciprocidad al Estado requirente».

C) LA EXTRADICIÓN ACTIVA

El art. 826 LECrim, establece las condiciones de procedibilidad exigidas para que el Estado español pueda solicitar la extradición de personas que, debiendo ser juzgadas en España, se encuentran en el

extranjero. Las situaciones en las que cabe tal solicitud se contienen en los tres números del mencionado artículo y se corresponden con las siguientes:

1ª. Españoles que, habiendo delinquido en España, se hayan refugiado en país extranjero. Se trata de un supuesto normal de competencia española en aplicación del principio de territorialidad.

2ª. Españoles que habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado, se hubiesen refugiado en país distinto de aquél en el que delinquieron. En este supuesto se complementa parte de la competencia extraterritorial recogida en el art. 23,3 LOPJ (principio real o de protección). Por tanto, valen aquí las consideraciones formuladas al exponerlo sobre las zonas de impunidad existentes en esta materia y que han sido destacadas doctrinalmente en relación al precepto que comentamos.

Obsérvese que el responsable debe encontrarse en país distinto de aquél en el que ha delinquido, de donde se desprende que si se encuentra en el lugar de comisión, deberá ser juzgado allí por aplicación del principio de territorialidad y, por tanto, el Estado español no necesitará solicitar la extradición. Sin embargo, el enjuiciamiento de los hechos dependerá de que en el país extranjero donde se han cometido, sean constitutivos de delito. Y este condicionamiento se extiende también al supuesto que analizamos: si los hechos no son delictivos en el país requerido o si se consideran delitos políticos —recuérdese que se trata de atentados a la seguridad del Estado español—, la extradición será denegada.

3ª. Extranjeros que, debiendo ser juzgados en España, se hayan refugiado en un país que no sea el suyo. La competencia para juzgar extranjeros en España vendrá determinada por cualquiera de los principios recogidos en el art. 23 LOPJ, anteriormente expuestos, pero su extradición sólo podrá solicitarse si el país en el que se encuentran no es el suyo. Obviamente, con ello se reconoce el principio de no entrega de los nacionales que impediría conceder la extradición si el país de refugio fuera el propio del autor del delito.

El procedimiento de extradición activa se regula en los arts. 824 y ss. LECrim y es de carácter mixto, en tanto en cuanto se inicia por el órgano judicial competente para conocer del delito con la petición al Gobierno de que, a su vez, solicite la extradición al Estado requerido.

D) LA EXTRADICIÓN PASIVA

Los principios que rigen en esta materia en el Ordenamiento español se encuentran recogidos en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva. Sin embargo, no deben ser analizados como privativos de la legislación española puesto que, en sus contenidos esenciales, se trata de principios de carácter internacional asumidos por la mayoría de los Estados y reflejados además en muchos de los Tratados de extradición suscritos por España. El propio preámbulo de la Ley de Extradición reconoce la influencia de dichos Tratados en la configuración del contenido de la ley. A continuación recogemos los principios más importantes:

1. Principio de legalidad (art. 13,3 CE y art. 1 LEP), por el que la concesión de la extradición deberá realizarse de acuerdo con los Tratados y la ley.

2. Principio de reciprocidad (art. 1 LEP), por el que podrán demandarse garantías al Estado requirente.

3. Principio de doble incriminación (art. 2 LEP), por el que no se concederá la extradición si el hecho no es constitutivo de delito en España.

4. Principio de no entrega de los nacionales o de los extranjeros que deban ser juzgados en España (art. 3,1 LEP), aunque si el Estado requirente lo solicita, las autoridades españolas iniciarán actuaciones para, en su caso, enjuiciar los hechos en España.

5. Delitos por los que no se concederá la extradición, en función de su escasa gravedad o de su naturaleza:

a) No se concederá la extradición para enjuiciar delitos sancionados con privación de libertad inferior a un año o para ejecutar condenas inferiores a cuatro meses de privación de libertad (mínima non curat praetor; art. 2 LEP).

b) No se concederá la extradición por delitos políticos, sin que puedan considerarse como tales los delitos de terrorismo y los *crímenes contra la humanidad*. Tampoco se concederá por delitos militares, por los cometidos en ejercicio de la libertad de expresión y por los no perseguibles de oficio (art. 4 LEP).

> El principio de no extradición por delitos políticos es uno de los que en mayor medida expresa los amplios márgenes de decisión de los Estados en esta materia.
>
> Pese a la existencia de diversas concepciones (objetiva, subjetiva y mixta), difícilmente puede hablarse de un concepto claro y unívoco de delito político, sometido a parámetros jurídicos. Y probablemente ahí radique una contradic-

ción que impide delimitar la situación que se pretende definir: el delito político es, sobre todo y valga la redundancia, un concepto *político*, cuya aplicación por los Estados depende, obviamente, de las propias características del régimen que los gobierne.

E incluso puede depender de las circunstancias por las que atraviesen las relaciones diplomáticas entre los Estados. Recuérdese al respecto que hasta tiempos recientes Francia denegaba a España la extradición de los militantes de ETA que se encontraban en aquel país por considerar que los delitos por los que se les reclamaba eran delitos políticos.

6. Supuestos en los que puede denegarse la extradición: si se sospecha que tras la solicitud existe persecución racial, religiosa o política y si la persona solicitada es menor de 18 años y se considera que la extradición puede impedir su reinserción social (art. 5 LEP).

7. Exclusión de la extradición si se ha concedido el asilo a la persona solicitada (art. 4,8º LEP).

8. Principio de conmutación (art. 4,6º LEP): no se concederá la extradición si el requirente no da garantías de que la persona no será ejecutada o sometida a tratos degradantes.

9. Principio de judicialidad (art. 4,3º LEP): no se concederá la extradición si la persona debe ser juzgada por un tribunal de excepción.

10. Principio de especialidad (art. 21,1 LEP): el extraditado sólo puede ser juzgado por los hechos que motivaron la demanda de extradición.

El procedimiento de extradición pasiva es igualmente de carácter mixto, con intervención judicial y gubernativa. La Audiencia Nacional debe informar la petición de extradición, pero su resolución sólo vincula al Gobierno en caso de ser denegatoria. Si se declara procedente la extradición, el Gobierno podrá denegarla «en ejercicio de la soberanía nacional» (art. 6 LEP).

5. DERECHO DE ASILO

En términos genéricos, el asilo es la protección concedida por un Estado a la persona que se refugia en su territorio, huyendo de la persecución de que es objeto por parte de otro. Protección que se plasmará, como acabamos de recoger, en la denegación de la extradición si ésta se solicita.

El art. 13,4 CE remite a la ley la regulación de las condiciones por las que el Estado español podrá conceder asilo a ciudadanos de otros países. Tal mandato constitucional fue desarrollado por la Ley 5/1984,

de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada posteriormente por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. Finalmente, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, contiene la regulación vigente después de adaptarla a las disposiciones de la Unión Europea para acoger el sistema europeo común de asilo.

El art. 2 de la Ley configura el asilo como la «protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado» en los términos previstos en la propia Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951. Dicha ley acoge, además, el concepto de «protección subsidiaria» (arts. 4 y 5) aplicable a aquéllos que, sin reunir los requisitos para el asilo o la condición de refugiado, presentan motivos bastantes para creer que en su país de origen se enfrentarían a los riesgos mencionados en la Ley (pena de muerte, tortura, amenazas derivadas de violencia indiscriminada). La protección subsidiaria supone la no devolución ni expulsión de las personas afectadas.

6. DERECHO INTERNACIONAL PENAL: ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Con tal denominación se alude a las normas emanadas de la comunidad internacional y dirigidas a la persecución de actos delictivos, que pueden provenir tanto de acuerdos interestatales como de los organismos internacionales.

Dentro de una denominación tan amplia caben, sin embargo, distintas situaciones que conviene matizar.

Así, en primer lugar, pueden citarse Convenios internacionales dirigidos a la persecución de determinados delitos: el de prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de septiembre de 1948, el Convenio para la represión de la trata de personas y explotación de la prostitución ajena de 21 de marzo de 1950 o la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 10 de diciembre de 1984.

Todos ellos han sido ratificados por España y desde ese momento y con su publicación en el BOE, han pasado a formar parte del Ordenamiento interno español (art. 96,1 CE). La ratificación de los mismos

significa que España se compromete a perseguir dichos delitos y a colaborar en su persecución.

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), aprobado el 17 de julio de 1998, ratificado por España, es un Tratado ya en vigor que constituye el paso más serio en el establecimiento de una jurisdicción penal internacional, desde que el Estatuto de Nüremberg (1946) definió el crimen contra la humanidad intentando establecer la responsabilidad internacional de los Estados. En cambio, la CPI se constituye para juzgar a personas y nace como tribunal permanente, lo que le diferencia de los tribunales nombrados *ad hoc* para actuar después de un conflicto bélico (Ruanda, exñYugoslavia).

Su jurisdicción se extiende a los delitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión, que también son definidos en el Estatuto de Roma. La CPI es competente para juzgarlos cuando se cometen en el territorio de un Estado parte (es decir, que haya ratificado el Estatuto) o por nacionales de un Estado parte, aunque hayan delinquido fuera del territorio de éste. Este segundo supuesto fue uno de los motivos por los que Estados Unidos se negó a ratificar el Estatuto de Roma.

La CPI actúa a instancia de un Estado parte, del Consejo de Seguridad de la ONU o del Fiscal de la CPI. Una de sus insuficiencias es que no admite la denuncia directa de las víctimas. Por último, debe tenerse en cuenta que la CPI funciona en base al *principio de complementariedad*, es decir, sólo si las jurisdicciones nacionales en cuyo territorio se cometen los hechos no pueden o no quieren juzgarlos y también si ya los han juzgado pero de forma que han producido *de facto* su impunidad, o contra los intereses de Justicia definidos en el Estatuto o en un proceso sin las reglas propias de un juicio justo.

El Estatuto de Roma no tiene efectos retroactivos por lo que no podrá juzgar los crímenes cometidos antes de su entrada en vigor.

7. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA: LA COOPERACIÓN JUDICIAL

Mención aparte merece la repercusión penal del *Derecho comunitario*. Al respecto, la normativa emanada de órganos de la Unión Europea no es propiamente Derecho internacional, sino que forma parte del Derecho español en tanto España es miembro de la misma.

Su relevancia en el Derecho penal interno, hoy por hoy, no es inmediata, en el sentido de que las normas comunitarias no establecen directamente delitos y penas. Sin embargo, los reglamentos y directivas europeas que son de aplicación inmediata en los Estados miembros tienen una considerable repercusión en el Derecho penal interno, en distintos planos. Así, las normas comunitarias pueden prever que la protección penal ejercida por los Estados miembros se extienda a los intereses comunitarios (GRASSO, 1993) y determinar una modificación de los Códigos penales en tal sentido, como ha ocurrido con los delitos contra la Hacienda Pública comunitaria (arts. 306 y 309 Cp). Por otra parte, las normas comunitarias ejercen una importante función de integración de los preceptos penales internos y dotan de contenido a muchos de sus conceptos, sobre todo en la Parte Especial del Código y en sus normas penales en blanco, especialmente abundantes en materias de intervención comunitaria como el Derecho penal económico o del medio ambiente. Los reglamentos comunitarios son también objeto de las remisiones a reglamentos que formula la ley española y de esta forma se integran plenamente en ella (CARBONELL MATEU, Derecho penal).

En el Derecho de la Unión Europea son especialmente importantes las consecuencias producidas en el ámbito de la extradición (GARCÍA SÁNCHEZ, 2005; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, 2006). El Convenio de 27 de septiembre de 1996 relativo a la extradición entre los Estados miembros, seguía la línea del que había establecido un procedimiento simplificado (marzo 1995) y reducía considerablemente los supuestos en que cabe denegar la extradición de un Estado miembro a otro. Esta progresiva simplificación de la extradición ha culminado con su sustitución por el mandamiento de detención y entrega, conocido como «euro orden», regulado en la Decisión Marco sobre mandamiento de detención europeo y procedimientos de entrega, de 13 de junio de 2002. El nuevo sistema se inspira en el principio de reconocimiento mutuo entre los Estados de la Unión Europea, en virtud del cual no es necesario homologar las sentencias extranjeras para que tengan los mismos efectos que las propias, ni el procedimiento de extradición entre los Estados miembros. Dicho procedimiento viene sustituido por el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, de forma que basta la mera petición judicial para que la resolución de un Estado se ejecute en otro, que es el que procede a la detención y entrega de la persona solicitada (CUERDA RIEZU, 2003, pp. 84 ss.). La citada Decisión Marco (art. 2) enumera los delitos que dan lugar a la entrega, sin «control de la doble tipificación de los hechos», es decir, sin necesidad de doble incriminación, inclu-

yendo una larga lista en la que figuran desde el terrorismo, la trata de seres humanos, el tráfico de drogas y la corrupción, hasta el racismo y la xenofobia, el homicidio o la falsificación de medios de pago y los delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. El artículo 3 de la misma Decisión Marco establece tres únicos supuestos en los que no se ejecuta la orden de detención europea: amnistía, cosa juzgada y minoría de edad penal.

Bibliografía: Ambos, Hacia el establecimiento de un Tribunal internacional permanente y un Código penal internacional. Observaciones desde el punto de vista del Derecho penal internacional, AP 1998; El mismo, El caso Pinochet y el derecho aplicable, RP 1999; Andrés Domínguez, Derecho penal internacional, Valencia 2006; Barbero Santos, El derecho de asilo, Estudios de Criminología y Derecho Penal, Valladolid 1972; Barquín Sanz, Universalidad de jurisdicción por delitos de carácter internacional, RFDUG 1987; Bassiouni, El Derecho penal internacional: historia, objetivo y contenido, ADP 1982; El mismo, Proyecto de Estatuto del Tribunal Penal Internacional, 2ª ed., Madrid 1993; Baucells y Lladós/ Hava García, Posibilidades y límites del principio de Justicia universal: el caso de Acteal, RDPC 2007; Beltrán Montoliú, La defensa en el plano internacional de los grandes criminales, Valencia 2009; Blanco Cordero, Sobre la muerte de la jurisdicción universal, RGDP 2009; Bueno Arús, Principios cardinales de la Ley de Extradición Pasiva, de 26 de diciembre de 1958, en Homenaje a Antón Oneca, Salamanca 1982; El mismo, Una nota sobre el Convenio Europeo relativo a la transferencia de personas condenadas, BIMJ 1984; El mismo, El principio de reciprocidad en la extradición y la legislación española, ADP 1984; El mismo, Delitos internacionales y el Derecho penal español, AP 1988; El mismo, El delito político y la extradición en la legislación española, BIMJ 1990; Bujosa Vadell, Extraterritorialidad y jurisdicción, AJA 1997; Carbonell Mateu, Derecho penal: concepto y principios constitucionales, 3ª ed., Valencia 1999; Castillo Daudí, Responsabilidad penal del individuo ante los Tribunales Internacionales, Valencia 2007; Cobo del Rosal/ Boix Reig, Perfil constitucional de la extradición, en Comentarios a la legislación penal I, Madrid 1982; Cuerda Riezu, De la extradición a la "euroorden" de detención y entrega: con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español, Madrid 2003; Cuerda Riezu/ Ruiz Colomé, Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal internacional, en Homenaje a Torío, Granada 1999; Choclán Montalvo, Hacia la unificación del Derecho penal comunitario. El corpus iuris Europeo, La Ley 1998; De la Cuesta Arzamendi, El proyecto de Código Penal internacional, RDP 1983; De Miguel Zaragoza, Algunas consideraciones sobre la extradición, BIMJ 1995; Del Carpio Delgado, Las víctimas ante los tribunales penales internacionales ad hoc, Valencia 2009; El mismo, El principio de justicia universal en España tras la reforma de 2009, Diario La Ley 2009; Díaz Sánchez, El derecho penal internacional, Madrid 1994; Fernández Palacios, La distinción entre crímenes y delitos internacionales, RFDUC 1988; Gallardo Rueda, Derecho Penal y Derecho comunitario, CPC 1984; García Arán, Hacia un Derecho penal europeo: la Propuesta del «Corpus Iuris», RDPP

1999; El mismo, Complementariedad recíproca y justicia global: España, Guatemala y la Corte penal internacional, Libro Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; García Arán/ López Garrido (coords.), Crimen internacional y jurisdicción universal (El caso Pinochet), Valencia 2000; García Barroso, El procedimiento de extradición, Madrid 1994; García Sánchez, Límites a la ley penal en el espacio, Barcelona 2004; El mismo, La extradición en el Ordenamiento interno español, internacional y comunitario, Granada 2005; El mismo, Dificultades de la euroorden ante su puesta en práctica por los tribunales nacionales de la Unión europea, ADP 2007; García Valdés, El delito político, Madrid 1976; Gil Gil, Bases para la persecución penal de crímenes internacionales en España, Granada 2006; Gimbernat Ordeig, Algunos problemas de extradición en Derecho español, en Estudios de Derecho Penal, Madrid 1990; Gómez-Jara Díez, Orden de detención europea y Constitución europea: reflexiones sobre su fundamento en el principio de reconocimiento mutuo, La Ley 2004; González Rus, Cuestiones penales suscitadas por los papeles de Laos, AP 1995; González Vega, Breve diagnóstico de la jurisdicción penal universal en su respuesta a la impunidad de los crímenes internacionales, JD 2010; Grasso, Comunidades europeas y Derecho Penal, Castilla-La Mancha 1993 (traducción de García Rivas); Jaén Vallejo, Extraterritorialidad de la jurisdicción española: principio de justicia universal, en Homenaje a González-Cuellar, Madrid 2006; Jescheck, El Tribunal Penal Internacional, RP 2001; Juanes Peces, Derecho comunitario y Derecho nacional. El Tribunal Constitucional como garante de la aplicación del Derecho comunitario. Incidencia del Derecho comunitario sobre las normas penales, AP 1995; Lamarca Pérez, La idea del espacio judicial común y su posible incidencia en la legislación de extradición pasiva, RDPC 1993; El mismo, El principio de justicia universal y la competencia de la jurisdicción española en los casos de Argentina y Chile, en Homenaje a Barbero, Cuenca 2001; López Garrido, El derecho de asilo, Madrid 1991; Manzanares Samaniego, El principio de reciprocidad en el Convenio Europeo de Extradición y en la Constitución española, PJ 1985; Marcel Fernández, La Corte Penal internacional. Soberanía versus Justicia Universal, Madrid 2008; Mendoza Calderón, La aplicación de la ley penal en el espacio: la trascendencia del principio de justicia universal en España, RGDP 2007; Mestre Delgado, Extradición activa y Justicia universal: comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2005, La Ley Penal 2006; Morillas Fernández, Configuración actual del principio de Justicia Universal, CPC 2007; Muñoz Conde, ¿Es el Derecho penal internacional un «Derecho penal del enemigo»?, RP 2008; Nodar Montes, El Derecho penal internacional, AJ 1997; El mismo, El derecho de asilo: el asilo territorial, AJA 1997; Olásolo Alonso, Del Estatuto de los tribunales ad hoc al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: reflexiones sobre la evolución del principio *nullum crimen sine lege* en el Derecho Penal Internacional, RGDP 2006; Olle Sese, Justicia universal para crímenes internacionales, Madrid 2008; Ormazábal Sánchez, La orden europea de detención y entrega y la extradición de nacionales propios a la luz de la jurisprudencia constitucional alemana: especial consideración de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005 (8 BvR 2236/04), La Ley Penal 2006; Pastor Borgoñón, Aspectos procesales de la extradición en Derecho español, Madrid 1984; Perrón, W., ¿Son superables las fronteras na-

cionales del Derecho penal? Reflexiones acerca de los presupuestos estructurales de la armonización y unificación de los diferentes sistemas de Derecho penal, RDPC 1998; QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal, Madrid 1957; QUINTERO OLIVARES, El euroarresto en la perspectiva europeísta de unificación de la Justicia penal, en Homenaje a Rodríguez Mourullo, Madrid 2005; RODRÍGUEZ MOURULLO, Lugar del delito, NEJ XV, 1974; RODRÍGUEZ RAMOS, La extradición de Pinochet: error jurídico y ¿error político?, La Ley 1999; EL MISMO, Reflexiones sobre la extradición activa. (Especial referencia a los delitos de tortura), en Homenaje a Valle, Navarra 2001; RUIZ VADILLO, Algunas reflexiones sobre un posible Derecho penal común de la Unión Europea, RDPC 1994; SATZGER, La internacionalización del Derecho penal como reto para el principio de determinación penal, RP 2008; SCHÜNEMANN, Proyecto alternativo de persecución penal europea, Madrid 2007; SEBASTIÁN MONTESINOS, La extradición pasiva, 1997; SGUBBI, Derecho penal comunitario, CPC 1996; TEJADO LLORENTE, Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho penal, AP 1998; TERRADILLOS BASOCO, La constitución para Europa. ¿Las bases del Derecho Penal europeo?, EPC 2004; TIEDEMANN. La armonización del Derecho penal de los Estados miembros de la UE, ADPCP 1996; VARIOS, El extranjero y la legislación penal española, Comentarios a la legislación penal VIII, dos vol., Madrid 1988; VERVAELE, La Unión Europea y su espacio judicial europeo: los desafíos del modelo Corpus Juris 2000 y de la Fiscalía Europea, RP 2002; EL MISMO, La europeización del Derecho penal y la dimensión penal de la integración europea, RP 2005; VORNBAUM, El desarrollo de la Unión Europea y su influencia sobre el Derecho penal europeo, RP 2007; WERLE, Tratado de Derecho penal internacional, Valencia 2005; EL MISMO, El desarrollo del Derecho penal internacional desde la perspectiva alemana, en Homenaje a Díaz Pita, Valencia 2008.

CAPÍTULO IX

Ámbito personal de la ley penal

1. Principio de igualdad ante la ley y prerrogativas
2. Las inviolabilidades
   A) El Rey
   B) La inviolabilidad parlamentaria
   C) Otras inviolabilidades
3. La inmunidad parlamentaria

1. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y PRERROGATIVAS

Como es sabido, el art. 14 CE establece que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Ello tiene como consecuencia inmediata, obviamente, que todos los ciudadanos se encuentran por igual y en las mismas condiciones, sometidos a la ley penal. Sin embargo, la propia Constitución establece situaciones especiales —doctrinalmente consideradas como excepciones al principio de igualdad—, en las que determinadas personas reciben un tratamiento diferenciado por parte de la ley penal, en función del cargo que ocupan. Tales situaciones se corresponden con las inviolabilidades y las inmunidades.

La inviolabilidad equivale a la *ausencia de responsabilidad penal*. Las personas que, en función del cargo que ocupan, gozan de inviolabilidad, no responden penalmente de los actos sobre los que ésta recae pese a que puedan ser constitutivos de delito. Excepto en el caso del Rey, cuya persona carece totalmente de responsabilidad, las restantes inviolabilidades que se analizarán más adelante (parlamentarios, etc.) recaen sobre actos relativos a las funciones propias del cargo en cuestión.

En cambio las inmunidades son *obstáculos procesales* establecidos para demandar responsabilidad penal a los sujetos que gozan de las mismas. La inmunidad puede conllevar especiales requisitos para detener o para enjuiciar a la persona inmune, que no se exigen para el resto de los ciudadanos. Al consistir en un trámite procesal genérico que

opera ante cualquier actuación perseguible penalmente, recae también sobre hechos cometidos fuera del ejercicio de las funciones propias del cargo.

En ocasiones se ha calificado a las inviolabilidades e inmunidades como privilegios personales, pero tal concepción necesita de ciertas precisiones.

En primer lugar, el tratamiento especial que suponen tales situaciones no se establece en atención a las personas a quienes afectan sino que se fundamenta en la necesidad de otorgar protección específica a la función que desempeñan o a la institución a la que encarnan. Por tanto, nos encontramos ante prerrogativas de los órganos antes que frente a privilegios personales.

En segundo lugar, la consideración de inviolabilidades e inmunidades como excepciones al principio de igualdad —es decir, como casos en los que éste no se cumple—, permite igualmente alguna matización. Efectivamente, en ambos casos se trata de manera diferente a quienes el Ordenamiento jurídico considera inviolables o inmunes, pero el Tribunal Constitucional ha establecido reiteradamente que lo que infringe el principio de igualdad ante la ley es el tratamiento diferenciado de situaciones *iguales* o de situaciones cuyas diferencias no justifiquen el trato desigual. Dicho a la inversa, si la diferencia entre dos situaciones es de tal naturaleza que resulta razonable su tratamiento legal diferenciado, no sólo no se «excepciona» el principio de igualdad, sino que se atiende a su contenido material (entre otras, SSTC 101/1989, 205/1989).

Por ello, en el análisis de las prerrogativas que se verán a continuación puede introducirse el planteamiento de si la especial posición de los sujetos afectados dentro de las instituciones del Estado justifica su desigual posición frente a la ley penal, en cuyo caso no estaríamos propiamente ante excepciones al principio de igualdad —lícitas por permitirlas la Constitución—, sino ante un mero tratamiento desigual de situaciones desiguales acorde con el contenido de dicho principio.

2. LAS INVIOLABILIDADES

A) EL REY

En virtud del art. 56,3 CE,

> «La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65,2».

La formulación del precepto trascrito es terminante: a la persona del Rey no puede demandársele responsabilidad de ningún tipo y ello incluye, obviamente, a la de carácter penal. La inviolabilidad del Rey se constituye así en una *causa personal de exclusión de la responsabilidad*, lo que significa que los hechos delictivos que hipotéticamente pudiera realizar seguirían siendo contrarios a Derecho, aunque sobre su persona no pudiera recaer ninguna sanción.

El mantenimiento, en su caso, del carácter ilícito de los actos del Rey, pese a su inviolabilidad, viene confirmado por dos tipos de consideraciones: en primer lugar, la necesidad de refrendo de sus actos políticos hace recaer la responsabilidad por los mismos en quienes los refrendan, lo que demuestra que pueden seguir siendo considerados contrarios a Derecho. Y en segundo lugar, al extenderse la inviolabilidad a todo tipo de actos, incluso a lo que puedan ser violaciones graves de la ley penal, no puede concluirse que en caso de ser cometidas por el Rey, se convierten en conductas objetivamente lícitas.

Lo que puede parecer una desmesurada protección de la institución de la Corona ha sido precisado doctrinalmente en el sentido de que, si el Rey cometiera un delito grave —con independencia de la crisis política que ello pudiera suponer— podría entrar en funcionamiento la institución de la inhabilitación (art. 59,2 CE) tras cuya aplicación cesarían los efectos de la inviolabilidad y sería, en principio, posible el enjuiciamiento. El problema se traslada, entonces, a la determinación de qué supuestos revestirían la suficiente gravedad como para motivar la inhabilitación. (Proponiendo una interpretación más restrictiva, CARBONELL MATEU, Derecho penal).

B) LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA

El art. 71,1 CE establece que «Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones».

Lo primero que conviene notar es que la inviolabilidad de los parlamentarios sólo se extiende a determinadas actuaciones, esto es, a las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones, respecto a las cuales no podrá ser demandada responsabilidad penal.

En segundo lugar, la inviolabilidad de los parlamentarios mantiene sus efectos incluso cuando han dejado el cargo, de manera que las opiniones manifestadas en ejercicio del mismo tampoco pueden ser perse-

guidas tras la pérdida de su condición (art. 10 Reglamento del Congreso de los Diputados y art. 21 Reglamento del Senado).

La inviolabilidad parlamentaria se orienta a la protección de la función legislativa; en este sentido, se pretende que los parlamentarios puedan manifestar con absoluta libertad cualquier opinión sin temor a verse sometidos a un proceso penal por su contenido, incluso si éste fuera susceptible de calificarse como delito de injurias, amenazas, etc.

La inviolabilidad parlamentaria ha planteado una cierta discusión en torno a su naturaleza y su necesidad, cuestiones éstas íntimamente relacionadas con los límites que cabe atribuirle y que se tratarán a continuación.

Sin embargo, antes de abordarlos, resulta útil recordar que el origen histórico de esta institución se sitúa en la necesidad de proteger a los primeros Parlamentos frente a las intromisiones de los otros poderes y, especialmente, de evitar las actuaciones del Monarca contra los representantes de la soberanía. Así, el reconocimiento de la inviolabilidad aparece en el *Bill of Rigths* inglés, cuya declaración IX establece que «las libertades de expresión, discusión y actuación en el Parlamento no pueden ser juzgadas ni investigadas por otro Tribunal que el Parlamento».

La cuestión es importante porque, aunque se ha dicho que hoy ya no cabe esperar intromisiones por parte de la Corona, tanto el Poder Ejecutivo (a quien se vincula la Fiscalía General del Estado) como el Poder Judicial podrían condicionar el libre ejercicio de la función legislativa si la inviolabilidad de los parlamentarios por sus opiniones no se mantuviera o se concibiera de manera limitada.

Contando con tal punto de partida, no cabe establecer mayores límites a la inviolabilidad parlamentaria que los derivados de la propia formulación constitucional: la ausencia de responsabilidad penal alcanza a todas las opiniones manifestadas en el ejercicio de la función.

Al respecto, un sector doctrinal ha mantenido la necesidad de interpretar de forma estricta el concepto de «opinión», reduciéndolo a las expresiones sobre hechos cuestionables (Rodríguez Ramos, 1982), lo que dejaría fuera de la inviolabilidad manifestaciones verbales que, por ejemplo, fueren calificables como calumnias (imputación falsa de un delito) o como amenazas.

Sin embargo, no puede ignorarse que la calificación penal de conductas como éstas es frecuentemente discutible y dependiente de la interpretación, con lo que el ámbito efectivo de la inviolabilidad carecería de contornos precisos, perjudicándose la finalidad de la institución. Con

arreglo a ésta, por tanto, debe aceptarse la ausencia de responsabilidad de los parlamentarios por *cualquier* manifestación verbal realizada en ejercicio de sus funciones.

En cambio, en este segundo límite —el ejercicio de la función— es donde cabe establecer las restricciones (González Cussac/ Cuerda Arnau, 1997). La amplitud que aquí se ha aceptado para el concepto de «opinión» aconseja acotar cuidadosamente el ámbito en el que se excluye la responsabilidad penal. En este sentido, la función de los parlamentarios se corresponde, obviamente, con la que la Constitución otorga a las Cortes Generales: ejercer la potestad legislativa del Estado, aprobar sus presupuestos y controlar la acción del Gobierno (art. 66,2 CE). Asimismo, establece el art. 75,1 CE que las Cámaras funcionarán (ejercerán sus funciones) en Pleno y por Comisiones, mientras que con arreglo al art. 67,3 CE «las reuniones de parlamentarios que se celebren sin convocatoria reglamentaria no vincularán a las Cámaras *y no podrán ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios*».

Todo ello conduce a acotar temporal y espacialmente el ejercicio de la función parlamentaria, reduciéndola a las reuniones válidamente convocadas de los órganos de las Cámaras, único ámbito en el que, con arreglo a la Constitución, operan los privilegios de las mismas; así lo ha establecido también el Tribunal Constitucional, admitiendo como única ampliación los actos exteriores a la vida de las Cámaras que sean reproducción literal de un acto parlamentario (STC 28.11.92). Ello es coherente, por otra parte, con el fundamento de la inviolabilidad en la protección de la institución y las funciones que desempeña como tal, sin que pueda extenderse a las actuaciones de los parlamentarios fuera de dicho ámbito.

Con arreglo a este planteamiento, la inviolabilidad parlamentaria se constituye en causa personal —aunque basada en la protección de la función— de exclusión de la responsabilidad, lo que significa que si la opinión manifestada en la Cámara por un parlamentario es contraria a Derecho (por ejemplo, constitutiva de injurias al Rey) sigue manteniendo tal carácter aunque no pueda demandarse responsabilidad a su autor. Y asimismo, idéntica manifestación verbal sería perseguible penalmente —por mantener su carácter ilícito— si fuera pronunciada fuera de la Cámara.

Lo anterior no es compartido por la totalidad de la doctrina. Efectivamente, algunas opiniones mantienen que la inviolabilidad es una causa de justificación que convierte en adecuadas a Derecho las opiniones de los parlamentarios en ejercicio de sus funciones (Gómez Benítez,

1982; CARBONELL MATEU, Derecho penal). Para ello, se parte de una concepción distinta a la mantenida en estas páginas sobre este último elemento, de modo que «el ejercicio de la función» no se circunscribe al ámbito temporal o espacial de la misma, sino que se limita a los actos *adecuados y necesarios* para el desempeño de la labor del parlamentario.

Las consecuencias de lo anterior pueden resumirse del siguiente modo: a) todo aquello que suponga exceso en el repetido ejercicio de la función, no puede verse amparado por la inviolabilidad; b) si lo amparado por la inviolabilidad es sólo lo «adecuado y necesario», coincide con los supuestos en que, de todas formas, resultaría preponderante la libertad de expresión y por tanto, la conducta estaría en todo caso, justificada; y c) si lo amparado por la inviolabilidad son sólo actos ya justificados por el Ordenamiento, nos encontramos ante una institución superflua e innecesaria.

En la tercera conclusión del planteamiento recogido se contiene el argumento que impide suscribirlo: la institución constitucional de la inviolabilidad está prevista para algo y ese algo no es otra cosa que proteger absolutamente el funcionamiento de las Cámaras y permitir que, en sus reuniones, los parlamentarios se expresen con absoluta libertad e incluso se excedan, sin temor a que sus manifestaciones se vean sometidas a un juicio de ponderación o de adecuación que *por definición* se mueve en terrenos resbaladizos y manipulables. Piénsese en lo que supondría para la actuación parlamentaria que todas las manifestaciones verbales de Diputados y Senadores se encontraran sometidas, por ejemplo, al complicadísimo y discutido conflicto entre el honor y la libertad de expresión.

En todo caso, los posibles excesos verbales de los parlamentarios se encuentran limitados por el deber de cortesía parlamentaria y pueden ser objeto de la potestad disciplinaria interna de las Cámaras mediante la *llamada al orden*, pertinente precisamente si se profieren palabras ofensivas para cualquier persona o institución (art. 103 Reglamento del Congreso y art. 101 Reglamento del Senado).

Dicha potestad disciplinaria interna complementa la renuncia del Derecho penal a intervenir en dicho ámbito.

Por tanto, en conclusión, es preferible —y exigible, según el texto constitucional— no establecer límites al contenido de las expresiones de los parlamentarios, pero reduciendo estrictamente la prerrogativa al ámbito temporal y espacial del funcionamiento de las Cámaras que son, en definitiva, el objeto de esta especial protección.

Cuestión distinta es que se considere injustificado actualmente el tratamiento desigual de las manifestaciones de los parlamentarios respecto a las de los restantes ciudadanos y se proponga la modificación de la Constitución suprimiendo la prerrogativa, pero en tanto ésta se encuentre vigente resulta incorrecto interpretarla de manera que se vacíe de contenido.

C) OTRAS INVIOLABILIDADES

El Ordenamiento español reconoce otras situaciones de inviolabilidad: el *Defensor del Pueblo y sus adjuntos* gozan de inviolabilidad por las opiniones emitidas en ejercicio de sus cargos y por los actos propios del ejercicio de sus competencias (art. 6 LO del Defensor del Pueblo); los *Magistrados del Tribunal Constitucional* son igualmente inviolables por las opiniones emitidas en ejercicio de sus cargos (art. 22 LOTC); los *Diputados de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas*, por las opiniones manifestadas en el ejercicio de la función, en aplicación de lo dispuesto en los respectivos Estatutos de Autonomía.

3. LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA

El art. 71,2 CE establece que:

> «Durante el período de su mandato, los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculpados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva».

Como se ha apuntado al introducir el tema, la inmunidad parlamentaria se concreta en la interposición de determinados obstáculos procesales a la acción penal contra Diputados y Senadores, consistentes, según el precepto trascrito, en la imposibilidad de proceder a su detención —salvo en caso de flagrante delito— y en la necesidad de solicitar la autorización de la Cámara para proceder a su inculpación o a su procesamiento. Obstáculos procesales que, en terminología penal, equivalen a las denominadas *condiciones objetivas de procedibilidad*.

Ésta es una prerrogativa de las Cámaras de considerable amplitud, cuya necesidad y razonabilidad en nuestro Ordenamiento ha sido puesta en duda frecuentemente. La inmunidad opera, en principio, respecto a cualquier conducta delictiva, aunque no tenga relación con la función parlamentaria, lo que significa que la persecución penal del parlamen-

tario se encuentra en todo caso sometida a la voluntad de la Cámara, incluso si se trata de delitos de la mayor gravedad.

Los argumentos para fundamentar tan especial trato pueden buscarse en la necesidad de evitar que el proceso penal se utilice como arma política para entorpecer la labor de los parlamentarios: ante tal posibilidad, se dice, las Cámaras deben tener la oportunidad de analizar los motivos por los que se pretende proceder contra ellos e impedirlo si lo consideran conveniente.

Sin embargo, tanto la formulación constitucional de la inmunidad como el desarrollo del trámite para pedir la autorización a la Cámara en los Reglamentos del Congreso (art. 13) y del Senado (art. 22), es lo suficientemente abierta como para permitir una decisión discrecional prácticamente desprovista de límites. La concesión o denegación del suplicatorio depende, en último término, de la mayoría parlamentaria existente en cada momento, que puede utilizar la prerrogativa como un mecanismo excesivo e injustificado de autoprotección e, incluso, de manera discriminatoria respecto a la minoría.

Por ello, de mantenerse la necesidad de la inmunidad parlamentaria —lo que es negado por un importante sector doctrinal (MAQUEDA ABREU)— resulta imprescindible su reducción a límites razonables y su sometimiento a criterios mensurables. En primer lugar, no parece tener suficiente sentido que la inmunidad se extienda a cualquier delito y, por tanto, también a aquéllos absolutamente alejados de la función que se pretende proteger y, en segundo lugar, los motivos por los que cabe la denegación de la autorización de la Cámara deberían haberse precisado en las normas que regulan dicho trámite.

Estos inconvenientes han debido ser paliados por el Tribunal Constitucional quien ha establecido una jurisprudencia muy restrictiva respecto al ámbito de la inmunidad, orientándola a la finalidad de la institución y estableciendo los criterios que deben atender las Cámaras para denegar la autorización para proceder contra sus miembros. Así, el Tribunal Constitucional ha anulado dos acuerdos del Senado denegando sendos suplicatorios contra el Senador Carlos Barral (STC de 22 de julio de 1985) y contra el Senador González Bedoya (STC de 28 de noviembre de 1992), al tiempo que ha establecido los siguientes principios: a) la inmunidad parlamentaria no se destina a la protección de los Diputados o Senadores frente a la improcedencia de acciones penales, *sino a la protección del funcionamiento de las Cámaras* frente a una posible instrumentalización política de la vía penal en su contra; b) sólo puede denegarse la autorización para proceder si, tras la acusación penal, se

percibe un intento de alterar *el funcionamiento o la composición* de las Cámaras, es decir, una intencionalidad política; y c) las Cámaras deben motivar el acuerdo que adopten, valorando explícitamente la oportunidad de su decisión.

Teniendo presente esta concepción, considerablemente restringida, que el Tribunal Constitucional ha impuesto en materia de inmunidad, veamos ahora cuáles son las características concretas de su funcionamiento:

El trámite para obtener la autorización para *inculpar o procesar* se concreta en el *suplicatorio* dirigido por la autoridad judicial a la Cámara a que pertenezca el parlamentario (arts. 750 y ss. LECrim). El momento en que debe tramitarse dicho suplicatorio no siempre resulta evidente cuando se trata de autorizar la inculpación, porque ése es un momento procesal que no se concreta necesariamente en un pronunciamiento formal; en cambio, no ofrece dudas el momento de la autorización para procesar, puesto que el auto de procesamiento supone ya una resolución concreta y motivada que sitúa claramente cuándo debe solicitarse la previa autorización de la Cámara.

> El problema del momento procesal para plantear el suplicatorio se plantea especialmente en el *procedimiento abreviado* (arts. 757 y ss. LECrim), que se sigue en la mayoría de los delitos, puesto que en él no se produce el momento formal del procesamiento que puede despejar las dudas en el *procedimiento ordinario*. En el abreviado, la inculpación puede aparecer en cualquier momento de las diligencias pero no se concreta en un pronunciamiento específico, lo que ha complicado la tramitación de alguna causa con parlamentarios implicados —el llamado «caso Filesa»—, en la que la inconcreción del momento de la inculpación provocó la imprecisión sobre la necesidad de tramitar el suplicatorio.

Si la Cámara deniega la autorización para proceder, establece el art. 754 LECrim que «se sobreseerá respecto al Senador o Diputado a Cortes, pero continuará la causa para los demás procesados».

La LECrim no establece si tal sobreseimiento debe ser libre (definitivo) o sólo provisional (lo que permitiría proceder contra el parlamentario una vez finalizado su mandato). El Tribunal Supremo ha optado por el *sobreseimiento libre* de las actuaciones cuando la Cámara deniega la autorización para proceder, lo que supone que cuando el parlamentario finalice su mandato tampoco podrá reabrirse el procedimiento porque el sobreseimiento tiene valor de *cosa juzgada* (así, en el Auto de la Sala Segunda de 28 de septiembre de 1989, en la querella por injurias presentada por el Presidente de Cantabria, Sr. Hormaechea, contra el Senador González Bedoya).

La opción por el sobreseimiento libre o definitivo se apoya en el artículo 7 de la Ley de 9 de febrero de 1912 (de competencia para conocer de las causas contra Senadores y Diputados), pero lo cierto es que, tal y como el actual Tribunal Constitucional ha configurado la inmunidad parlamentaria, existen importantes argumentos en favor del carácter *provisional* del sobreseimiento: recuérdese que la inmunidad parlamentaria se interpreta de manera muy restrictiva, como un mero obstáculo procesal establecido para que las Cámaras puedan valorar si la acusación penal está siendo utilizada con intencionalidad política —«hostil», dice el Tribunal Constitucional— para alterar su composición o funcionamiento. Luego, en primer lugar, la inmunidad es un mecanismo *excepcional* que no afecta en absoluto al carácter ilícito de las conductas que se pretende perseguir y, por tanto, no existen motivos para entender que la protección de la Cámara produzca la impunidad definitiva del supuesto delito del parlamentario, impidiendo su persecución incluso cuando haya dejado de serlo. Por tanto, cuando el parlamentario pierde su condición, desaparece el obstáculo a su inculpación o procesamiento, establecido para proteger a la Cámara, y el proceso debería ser posible con los mismos requisitos que para cualquier ciudadano: lo contrario supone concebir la inmunidad como un privilegio personal, esto es, lo contrario a lo establecido por el Tribunal Constitucional. Por otra parte, la Constitución es suficientemente clara al respecto al establecer, como ya se ha recogido, que la inmunidad despliega sus efectos únicamente durante el período del mandato de Diputados y Senadores.

Lo cierto es que las concepciones excesivamente amplias de la inmunidad parlamentaria se explican en etapas históricas de gran inestabilidad política en las que la protección de la Cámara tiende a extenderse hasta la protección del parlamentario, lo que posiblemente explique algunos principios de la citada Ley de 1912 como el ya citado acerca del sobreseimiento definitivo de la causa, pero que resultan claramente cuestionables en la concepción constitucional actual.

Por último, debe tenerse en cuenta que los *Diputados de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas* gozan de una inmunidad más restringida que sólo incluye la imposibilidad de ser detenidos excepto en caso de flagrante delito. El mismo tipo de inmunidad ampara al *Defensor del Pueblo y sus Adjuntos* (art. 6 LO del Defensor del Pueblo) y a los *Jueces y Magistrados* (art. 398 LOPJ).

Cuestión distinta de la inmunidad es la de los *fueros especiales* o aforamientos por la que determinados cargos (Diputados, Senadores y también Diputados autonómicos según sus Estatutos) deben ser juzga-

dos directamente por el Tribunal Supremo o los Tribunales Superiores de Justicia cuando un proceso se dirige contra ellos. El fuero especial afecta, pues, a la cuestión de la competencia de los órganos jurisdiccionales y constituye en tal medida un problema propio del Derecho procesal.

Bibliografía: CARBONELL MATEU, Derecho penal: concepto y principios constitucionales, 3ª ed., Valencia 1999; GÓMEZ BENÍTEZ, La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias, RFDUC 1982; GONZÁLEZ CUSSAC/ CUERDA ARNAU, Aproximación al derecho penal parlamentario: inviolabilidades, Cuadernos de Derecho Público 1997; MAQUEDA ABREU, Fundamento y límites constitucionales a la inmunidad parlamentaria, EPC 1988/1989; MARTÍN OSTOS, El enjuiciamiento penal de Diputados y Senadores en la Constitución española de 1978, Revista de Derecho Procesal 1981; MORALES ARROYO, Las prerrogativas parlamentarias a la luz de la jurisprudencia constitucional, Revista de las Cortes Generales 1987; PUNSET BLANCO, Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios de las Comunidades Autónomas, Revista de las Cortes Generales 1984; RODRÍGUEZ RAMOS, Inviolabilidad del Rey, en Comentarios a la legislación penal I, Madrid 1982; EL MISMO, Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios, en Comentarios a la legislación penal I, Madrid 1982 (también en Homenaje a Pérez-Vitoria II, Barcelona 1983); SOLE TURA/ APARICIO PÉREZ, Las Cortes Generales en el sistema constitucional, Madrid 1984; SORIANO HERNÁNDEZ, La prerrogativa de la inviolabilidad y el derecho a la tutela judicial efectiva, RGD 1997; SOTO NIETO, Inviolabilidad, inmunidad y aforamiento de Diputados y Senadores, La Ley 1997.